Die Wirksamkeit der landesrechtlichen Normen über das Lehrerzüchtigungsrecht in ihrer Bedeutung als Grund strafrechtlicher Rechtfertigung im geltenden und kommenden Reichsstrafrecht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät

der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn

vorgelegt von

RUDOLF SCHMIDT

Referendar in Elberfeld.

1928

BUCHDRUCKEREI
MAX WELZEL, KÖLN-KALK

Berichterstatter: Professor Dr. Graf zu Dohna.

Tag der mündlichen Prüfung: 30. November 1928.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!

Gliederung.

Seite

§ 1. Einleitung: Aufzeigung des Problems 1

§ 2. Die Behandlung des Problems in Wissenschaft und Rechtsprechung auf Grund des geltenden Strafrechtes . 6

§ 3. Die Lösung des Problems im kommenden Strafrecht . 21

§ 4. Schluß: Zusammenfassung des Ergebnisses 32

Verzeichnis der benutzten Bücher und Schriften.

Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 8. Aufl., des von H. Meyer begründeten Lehrbuches. Leipzig 1922.

Amtlicher Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung. Berlin 1925.

v. Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht. Bd. III. Berlin 1909.

Beling: Die Lehre vom Verbrechen. Tübingen 1906.

dto. Grundzüge des Strafrechtes. 9. Aufl. Tübingen 1925.

Binding: Handbuch des Strafrechtes. Allgemeiner Teil. Leipzig 1885.

dto. Die Normen und ihre Uebertretung. Bd. I, 3. Aufl., Leipzig 1916; Bd. II, 1, 2. Aufl. Leipzig 1914; Bd. II, 2. 2. Aufl. Leipzig 1916.

dto. Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. 6. Aufl. Leipzig 1902.

dto. Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechtes. Besonderer Teil, Bd. I, Leipzig 1902; Bd. II, 2/3. Aufl. Leipzig 1904; Bd. II, 2, Leipzig 1905.

Conrad: Schulzucht und Lehrerzüchtigungsrecht. In DJZ. 32. Jahrg. S. 734 ff.

Dohna, Graf zu: Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafrechtlicher Handlungen. Halle 1905.

dto. Recht und Irrtum. Mannheim, Berlin und Leipzig 1925.

dto. Beziehungen und Begrenzungen von Strafrecht und Verwaltungsrecht. In Verw.-Arch. Bd. 30, S. 233 ff.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Das Reichsstrafgesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. 3. Aufl. Berlin 1925.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Entwurf zum Strafgesetzbuch. 1919, mit Denkschrift.

Finger: Das Züchtigungsrecht und dessen Mißbrauch. Wien 1888.

dto. Lehrbuch des Strafrechts. Berlin 1904.

dto. Kritische Bemerkungen zur Lehre vom Tatbestand und der Rechtswidrigkeit in G. S. Bd. 57, S. 385 ff.

Fischer: Die Rechtswidrigkeit. München 1911.

Frank: Kommentar zum Strafgesetzbuch. 16. Aufl. Tübingen 1925.

Fuchs: Strafgesetz und Rechtswidrigkeit; in Aschaffenburgs Monatsschrift, Bd. 10, S. 513 ff.

Gegenentwurf zum Vorentwurf des deutschen Strafgesetzbuches. Begründung. Berlin 1911.

Gerland: Das Reichsstrafrecht. Berlin 1922.

Havenstein: Das Züchtigungsrecht der Lehrer; in Goltd. Arch. Bd. 51, S. 241.

Heimberger: Rechtmäßiges und rechtswidriges Handeln; in Vergl. Darst. d. deutschen und ausländ. Strafrechtes. Allgemeiner Teil. Bd. IV, Berlin 1908.

Heinitz: Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit. Breslau 1926.

Hold v. Ferneck: Die Rechtswidrigkeit. Bd. I, Jena 1903. Bd. II, Jena 1905.

Hubrich: Das Züchtigungsrecht in seiner strafrechtlichen Bedeutung; in G. S. Bd. 46, S. 161 ff.

Janisseck: Das Recht des Lehrers zur Vornahme körperlicher Züchtigung. Breslauer Diss. 1911.

Kaufmann: Das Züchtigungsrecht der Eltern und Erzieher. Züricher Diss. 1910.

Kessler: Das Reichsgericht und das Züchtigungsrecht der Lehrer; in GS. Bd. 41, S. 161 ff.

Kohlrausch: Rechtswidrigkeit. ZStW Bd. 25, S. 656 ff.

v. Liszt: Lehrb. d. Deutsch. Strafrechts. 25. Aufl., bearbeitet von E. Schmidt, Berlin, Leipzig 1927.

dto. Das „richtige Recht" in der Strafgesetzgebung; in ZStW. Bd. 27, S. 91 ff.

Löffler: Die Körperverletzung; in Vergl. Darst. d. deutschen und ausländischen Strafrechts, besonderer Teil, Bd. V.

Mayer (M. E.): Der allgemeine Teil des deutschen Strafgesetzbuches. Heidelberg 1915.

Merkel (Ad.): Die Lehre von Verbrechen und Strafe auf der Grundlage des „Lehrbuchs des Strafrechts" in Verbindung mit den übrigen Schriften des Verfassers, herausgegeben und mit einer Einleitung versehen von Liepmann. Stuttgart 1912.

Nagler: Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit; in Festschr. f. Binding. Bd. II, Leipzig 1911.

Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch. 11. Aufl. Berlin 1927.

Oppenhoff: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1879.

Ortloff: Die Ueberschreitung des Züchtigungsrechtes. Leipzig 1891.

Schaeffer: Das Züchtigungsrecht. Breslauer Diss. 1908.

v. Schwarze: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Leipzig 1871.

Seitz: Das Züchtigungsrecht des Lehrers, in Magazin für das Recht der Gegenwart, herausgegeben von Bödicker. Bd. 8, S. 271 ff.

Stammler: Die Lehre vom richtigen Recht. Berlin 1902.

dto. Wirtschaft und Recht. 3. Aufl. Leipzig 1914.

Stenglein: Das Reichsgericht und das Züchtigungsrecht der Lehrer. GS. Bd. 42, S. 1 ff.

Stooss: Die Strafrechtswidrigkeit in ZStW. Bd. 24, S. 319 ff.

Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches. 1909.

Wegner: Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht. Hamburg 1925.

§ 1.

Einleitung:

Aufzeigung des Problems.

„Das Züchtigungsrecht der Lehrer, — der Haß unserer Jungen, die Krux der Juristen" —, mit diesen Worten begann im Jahre 1904 der Kammergerichtsrat Havenstein seine kriminalistische Studie [1]) über eine der schwierigsten und ungeklärtesten Fragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Seitdem ist wiederum ein Vierteljahrhundert ins Land gegangen, — ein Vierteljahrhundert, das seit Graf zu Dohnas grundlegender Arbeit [2]) im besonderen gekennzeichnet ist durch das Bemühen, dem schwankenden Bau des alten, dem langsam und stark erstehenden Gebäude des neuen Deutschen Strafrechtes jenes Fundament zu schaffen, dessen grundfeste Bauart von größter Bedeutung ist für das Schicksal des gesamten Werkes: Die Lehre von der Rechtswidrigkeit.

Die Arbeit blieb nicht ohne Erfolg. In wesentlichen Punkten herrscht Klarheit, die Rechtsprechung gelangte an Hand der aufgedeckten Grundsätze zu erträglichen Ergebnissen.

Das große Ziel indessen, die wissenschaftliche Durchdringung und Sicherstellung des Problems nach allen seinen verschiedenartigen Seiten hin ist noch nicht gelungen. Noch tauchen, immer erneut gespeist vom Strom des Lebens, neue Schwierigkeiten auf, und neue Zweifel erschüttern den mühsam errichteten Bau.

Zwar möchte es scheinen, als ob gerade in jenem Teilausschnitt des Rechtswidrigkeitsproblems, dem die vorliegende Arbeit gewidmet ist, der Frage des Lehrerzüchtigungsrechtes, die Arbeit am weitesten gediehen, die auftauchenden Fragen der Klärung am nächsten gebracht sind. Unter maßgebender Führung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung ist eine Lehre zur Herrschaft gelangt, die auf den ersten Blick in der Tat geeignet scheint, den Anforderungen der Wissenschaft wie den Bedürfnissen des praktischen Lebens in gleicher Weise zu genügen.

Ihre Grundlage findet diese Lehre in der Anerkennung der landesrechtlichen Normen als positiver Quellen des Lehrerzüchtigungsrechtes auch in strafrechtlicher Beziehung. Es muß auffallen, daß bei dem Eifer und der Gründlichkeit, mit dem die Arbeiten

[1]) Goltd. Arch., Bd. 51, S. 241 ff.

[2]) Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen. 1905.

gerade auf diesem Gebiete betrieben worden sind, die Erörterung dieser Grundfrage in merkwürdiger Weise vernachlässigt, ja z. T. ihr Vorhandensein überhaupt übersehen oder geleugnet wird.

In Wahrheit enthält sie das Kernproblem der Gesamtfrage, ohne dessen gründliche Durchforschung der gesamte Aufbau der Lehre gefährdet ist. Dies im Näheren darzulegen, ist Zweck und Ziel der vorliegenden Arbeit.

Die fundamentale Bedeutung der aufgeworfenen Frage zeigt sich am deutlichsten bei der Betrachtung einer landesrechtlichen Bestimmung jüngeren Datums, die durch ihre inhaltliche Ausnahmestellung besonders geeignet ist, die maßgebenden Gesichtspunkte zu veranschaulichen.

§ 28 Abs. 1 des sächsischen Schulbedarfsgesetzes vom 31. VII. 1922 bestimmt: „Bei Handhabung der Schulzucht ist jedes Mittel zu vermeiden, das den Zwecken der Erziehung zuwiderläuft. Körperliche Züchtigung der Schüler ist unzulässig."

Das Neuartige dieser Bestimmung springt sofort in die Augen: Im Gegensatz zu den Normen fast aller anderen deutschen Länder, die dem Lehrer die Anwendung körperlicher Zuchtmittel in mäßigen, jeweils näher bestimmten Grenzen gestatten, ist im Gebiet des Freistaates Sachsen die körperliche Züchtigung schlechthin ausgeschlossen.

Diese materielle Unterschiedenheit der einzelstaatlichen Bestimmungen unterliegt indes unter rechtlichem Gesichtspunkt solange keinem Bedenken, als sie in rein schulrechtlicher Beziehung gewürdigt wird. Sie beruht insofern auf der in den Verfassungen des alten wie des neuen Reiches niedergelegten grundsätzlichen Gesetzgebungskompetenz der Einzelstaaten im Gebiete des Schulwesens. Ihre problematische Bedeutung erhält sie vielmehr erst dadurch, daß diesen ihrer Natur nach schulrechtlichen Bestimmungen von der herrschenden Lehre über den Rahmen ihres Ursprungsgebietes hinaus eine normierende Kraft auch in dem Bereich des Strafrechtes verliehen wird, das im Gegensatz zum Schulrecht der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Reiches unterliegt und somit für Abweichungen innerhalb des einheitlichen deutschen Rechtsgebietes grundsätzlich keinen Raum läßt. Daß dieser Grundsatz bei folgerichtiger Durchführung der herrschenden Lehre vom Lehrerzüchtigungsrecht in durchgreifender Weise durchbrochen wird, liegt auf der Hand. Denn sind die Voraussetzungen für den Ausschluß der Rechtswidrigkeit in den Einzelstaaten verschieden, so ist damit zugleich die Gesamtheit der Strafbarkeitsvoraussetzungen der Gleichmäßigkeit beraubt und die Einheitlichkeit des staatlichen Strafanspruches im gesamtdeutschen Rechtsgebiet in Frage gestellt.

In engem Zusammenhang hiermit steht ein zweiter Gesichtspunkt, unter dem die herrschende Lehre der Klärung bedarf. Eine der eigentümlichen Schwierigkeiten des Lehrerzüchtigungsrechtes

besteht in der Lückenhaftigkeit seiner positivrechtlichen Regelung. Soweit positive Bestimmungen nicht überhaupt fehlen, bestehen in der Mehrzahl der deutschen Einzelstaaten (so insbesondere in Preußen und Sachsen) Bestimmungen nur für einzelne Schularten, während positive Vorschriften für die übrigen Schultypen fehlen.

Es erhebt sich somit die Frage, welche Grundsätze bei der Ausfüllung der vorhandenen Lücken Anwendung zu finden haben. Die herrschende Lehre führt die Befugnis zur Anwendung von Zuchtmitteln in den Fällen, in denen es an einer positiven Regelung fehlt, auf das allgemeine Erziehungsrecht des Lehrers zurück. Durch die Aufstellung dieses Satzes allein wird indes die Frage der Lösung kaum näher gebracht, denn nunmehr ergibt sich von neuem die Aufgabe, aus dem Begriff des Erziehungsrechtes die Normen für den Bestand und den Umfang des Züchtigungsrechtes abzuleiten. Bei Lösung dieser Aufgabe beginnen aber erst die eigentlichen Schwierigkeiten.

Was das Erziehungsrecht des Lehrers bedeutet, ergibt sich aus dem Wesen seines Amtes, dessen Inhalt in der Heranbildung der aufwachsenden Jugend besteht. Der materielle Inhalt dieses Rechtes wird daher beim Fehlen konkreter Willensäußerungen des Gesetzgebers durch den Rechtsbegriff der Erziehung bestimmt, wie er sich als Niederschlag aus dem Gesamtinhalt der Rechtsordnung ergibt. Hier stoßen wir erneut auf den Gegenstand unserer Untersuchung; denn da die Gesetzgebungskompetenz über das Schulwesen den Einzelstaaten verblieben ist, der von ihnen normierte Erziehungsbegriff daher auch ein unterschiedlicher sein kann, so erhebt sich wiederum die Frage, ob bei der Ermittelung des Erziehungsbegriffes in seiner Beziehung auf die strafrechtliche Rechtswidrigkeit der jeweilige Wille des einzelstaatlichen Gesetzgebers als maßgebend zu erachten ist, — oder ob ein für das gesamtdeutsche Rechtsgebiet geltender einheitlicher Rechtsbegriff der Lückenausfüllung zu Grunde gelegt werden muß.

Die praktische Bedeutung der Frage zeigt sich deutlich bei der oben erwähnten Bestimmung des sächsischen Rechtes. Dieselbe gilt nur für Volksschulen. Für den Bereich der höheren Schulen Sachsens fehlt es an einer entsprechenden positiv-rechtlichen Umgrenzung der Erziehungsrechte des Lehrers. Bejaht man mit der herrschenden Lehre grundsätzlich die Bedeutung der landesrechtlichen Normen für die Frage der kriminellen Rechtswidrigkeit, so ergibt sich hieraus ohne weiteres die Verpflichtung, beim Mangel positiver Gesetzesbestimmungen in erster Linie nach sonstigen Anhaltspunkten für den Willen des einzelstaatlichen Gesetzgebers zu forschen. Hierfür kommen insbesondere Rückschlüsse aus den für andere Schularten bestehenden Vorschriften in Betracht. So wird für das sächsische Recht geprüft werden müssen, ob nicht das positivrechtliche Verbot der Anwendung von körperlichen Züchtigungsmitteln in Volksschulen als Ausfluß eines allgemeinen gesetzgeberischen Willens auf Ausschluß derartiger Erziehungsmaßregeln über-

haupt zu gelten und somit auch für den Bereich der höheren Schulen Anwendung zu finden hat.

Die herrschende Lehre läßt die konsequente Durchführung dieses Gedankenganges vermissen. Unter Billigung der gesamten Theorie, soweit sie die strafrechtliche Bedeutung der landesrechtlichen Normen anerkennt, leitet das Reichsgericht Bestand und Inhalt des Züchtigungsrechtes beim Fehlen positiver Bestimmungen ohne weiteres aus dem „Erziehungsrecht des Lehrers" schlechthin ab, unterstellt in diesem Falle m. a. W. einen einheitlichen Begriff dieses Rechtes für das gesamte deutsche Rechtsgebiet als maßgebend, ohne den im einzelnen unterschiedlichen Willensäußerungen des einzelstaatlichen Gesetzgebers Bedeutung beizumessen.

Bei der Untersuchung der herrschenden Lehre, die in den landesrechtlichen Schulgesetzen die Grundlage für die kriminelle Rechtfertigung der Züchtigungshandlungen erblickt, wird daher auch die Frage der Ausfüllung der vorhandenen Lücken besonders zu beachten sein.

Bevor jedoch in die eigentliche Behandlung des aufgeworfenen Problems eingetreten werden kann, bedarf die so gekennzeichnete Fragestellung der Arbeit in einer besonderen Richtung noch der Rechtfertigung und Sicherstellung.

Die Untersuchung über die Wirksamkeit der landesrechtlichen Bestimmungen für die Frage der kriminellen Rechtswidrigkeit setzt naturgemäß voraus, daß die Bedeutsamkeit positiver Bestimmungen für ihre Lösung überhaupt anerkannt wird.

In dem großen Kampf, der um die Erkenntnis vom Wesen der Rechtswidrigkeit entbrannt ist, ist dies nicht unbestritten geblieben. In dem bereits erwähnten Buch hat Graf zu Dohna[1]) eine Lehre begründet, die in ihrer extremen Formulierung die Bedeutsamkeit positiver Bestimmungen für das Problem der Rechtswidrigkeit als fraglich erscheinen läßt.

Die grundsätzliche Besonderheit dieser Lehre liegt auf methodischem Gebiet. Ausgehend von der Unfruchtbarkeit aller bisherigen Bemühungen, der Erkenntnis vom Wesen der Rechtswidrigkeit durch die Aufstellung des rein formellen Begriffssatzes: „Rechtswidrig ist, was von der Rechtsordnung als rechtswidrig bezeichnet wird", näher zu kommen, findet Graf zu Dohna den Grund dieser Erfolglosigkeit in der Beschränkung der Untersuchung auf die rein formale Betrachtung des überkommenen Rechtsstoffes. Gerade in der Frage, welche Handlung rechtmäßig, welche rechtswidrig ist, — so führt er aus, — kann diese Methode nicht zum Ziele führen, muß vielmehr mit logischer Notwendigkeit in einem ewigen Zirkelschluß endigen. Denn die Rechtswidrigkeit einer Handlung tritt formell nicht anders in die Erscheinung als in Form

[1]) Die Rechtswidrigkeit als allgemein gültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen. 1905.

einer entsprechenden Willensäußerung des Strafgesetzgebers, sie ist m. a. W. formell gegeben mit der Verwirklichung eines strafgesetzlichen Tatbestandes. Da aber andererseits — wie inzwischen mit Recht Allgemeingut der Strafrechtswissenschaft geworden ist — die Rechtswidrigkeit unerläßliche Voraussetzung der Strafbarkeit ist, so ergibt sich stets von neuem wieder jener ewige Kreisschluß: Rechtswidrig ist eine Handlung, die den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllt, und sie erfüllt ihn, wenn sie rechtswidrig ist.[1])

Die Durchbrechung dieses Zirkels erfordert eine grundsätzliche Aenderung der rechtskritischen Methode, die es ermöglicht, die unbrauchbare formelle Begriffsbestimmung der Rechtswidrigkeit durch die Erfassung ihres materiellen Gehaltes zu ersetzen. Die einzige Möglichkeit, dieses Ziel zu erreichen, erblickt Graf zu Dohna in Anknüpfung an die Gedankengänge Rudolf Stammlers[2]) darin, daß die Rechtsnormen nicht allein unter dem Gesichtspunkt ihres kausalen Bedingtseins, sondern in teleologischer Untersuchung des ihnen immanenten Zweckgedankens gewürdigt werden.

Auf diesem Wege gelangt er zum Ziele seiner Arbeit, der Aufstellung einer allgemeingültigen Maxime, die vermöge ihrer formalen Natur geeignet ist, die Lösung jeder nur denkbaren konkreten Frage zu ermöglichen. Die Formulierung dieser Maxime lautet folgendermaßen:[3])

„Rechtswidrig im Sinne unseres Reichsstrafrechtes ist ein Verhalten, welches die spezifischen Tatumstände eines gesetzlich bestimmten Deliktes aufweist und in dieser Lage unrichtig ist; oder umgekehrt: Rechtswidrig ist ein solches unrichtiges Verhalten, welches außerdem den besonderen Tatbestand eines Deliktes erfüllt." — Ein „unrichtiges" Verhalten aber ist ein solches, „welches nicht anerkannt werden kann als rechtes Mittel zum rechten Zweck."

Die Lehre Graf zu Dohnas ist starken Anfeindungen ausgesetzt gewesen. Den Hauptangriffspunkt der Kritik bildete die Unklarheit über das Verhältnis der aufgedeckten formalen Maxime zum positiven Recht, wie sie durch die scharfe Formulierung des Hauptgedankens hervorgerufen wird.

Die in den oben zitierten Sätzen durchgeführte Aufstellung der Merkmale „tatbestandsmäßig" und „unrichtig" als gleichgeordneter Elemente des Begriffs „rechtswidrig" muß zwar — für sich allein betrachtet — in der Tat den Eindruck hervorrufen, als sei hier das Erfordernis der Unrichtigkeit in dem von Graf zu Dohna verstandenen aprioristisch-formalen Sinne zum schlechthin gültigen Kennzeichen der Rechtswidrigkeit erhoben, und somit die Geltung eines dieser Maxime widersprechenden positiven Rechtssatzes in

[1]) Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit, S. 19.
[2]) Stammler, Die Lehre vom richtigen Recht, 1902.
[3]) Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit, S. 54.

Frage gestellt.[1]) So verstanden wäre allerdings der Vorwurf berechtigt, den v. Liszt der These Graf zu Dohnas gegenüber erhoben hat: es sei hier „die allgemeingültige Rechtsidee allzu großzügig an die Stelle des Rechtsbegriffes gesetzt worden."[2])

Ein Blick auf die der Aufstellung der Maxime vorausgehenden Erörterungen Graf zu Dohnas zeigt jedoch, daß eine derartige Auslegung seines Leitsatzes nicht gerechtfertigt ist. In eindeutiger Weise ist hier das Verhältnis der formalen Maxime zum positiven Gesetzesrecht wie folgt festgestellt:[3]) „Für die Gültigkeit einer positiven Gesetzesvorschrift entscheidet einzig und allein die Erfüllung der formellen Erfordernisse ihres Zustandekommens, also das verfassungsmäßige Zusammenwirken der gesetzgebenden Organe, niemals aber die Eigenart ihres materiellen Inhaltes. Die Unrichtigkeit einer Rechtssatzung tut der unbedingten Bindung aller Glieder der Rechtsgemeinschaft an den gültig erlassenen Gesetzesbefehl niemals auch nur den geringsten Eintrag .... Für das, was „Recht" ist, ist und bleibt der Wille des Gesetzgebers allein entscheidend".

Auf Grund dieser klaren Feststellungen ist für die Auslegung der im Folgenden aufgestellten Maxime der Weg gewiesen. Entscheidend bleibt in erster Linie der Wille des Gesetzes, soweit er klar und positiv zum Ausdruck gekommen ist. Die Aufgabe der formalen Maxime beginnt erst mit dem Versagen der positiven Rechtsquelle und erschöpft sich in der Funktion eines erkenntniskritischen Hilfsmittels zur Auslegung unklaren geschriebenen, zur Feststellung „der juristischen Präzisierung noch ermangelnden, ungeschriebenen" Rechtes.[4])

Da somit die primäre Bedeutsamkeit der positiven Bestimmungen für das Problem der Rechtswidrigkeit auch von Graf zu Dohna, als dem ausgesprochensten Vertreter der sog. Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit anerkannt wird, so unterliegt die praktische Berechtigung der vorliegenden Untersuchung auch in dieser Hinsicht keinem Zweifel mehr.

§ 2.

Die Behandlung des Problems in Wissenschaft und Rechtsprechung auf Grund des geltenden Strafrechtes.

I. Wie bereits einleitend bemerkt, wird die Geltung der landesrechtlichen Normen über die Erziehungsrechte der Lehrer als Grundlage krimineller Rechtfertigung in Theorie und Praxis fast durchweg bejaht.

[1]) Kohlrausch, ZStW. Bd. 25, S. 656 ff. insbes. S. 661.
[2]) v. Liszt, § 32, Note 6.
[3]) Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit, S. 50, 51.
[4]) Ebenda, Recht und Irrtum, S. 5.

Dieser Grundsatz bildet insbesondere Fundament und Ausgangspunkt der umfangreichen Rechtsprechung, die das Reichsgericht seit den ersten Anfängen seines Bestehens auf dem Gebiete des Lehrerzüchtigungsrechtes entwickelt hat. Dieselbe erstreckt sich in eingehender Kasuistik auf die Untersuchung der Rechtsbeständigkeit und kriminellen Bedeutsamkeit der zahllosen, z. T. schon recht alten schulrechtlichen Bestimmungen der deutschen Einzelstaaten und bemüht sich hierbei in Sonderheit um die Klärung des Verhältnisses zwischen den gesetzlichen Bestimmungen im formellen Sinne und den bloßen Verwaltungsvorschriften.

Die Frage aber, die die Voraussetzung all' dieser Untersuchungen bildet, ob nämlich überhaupt landesrechtliche Bestimmungen zur Feststellung der strafrechtlichen Rechtswidrigkeit von Bedeutung sind, findet in der Judikatur des Reichsgerichtes kaum Beachtung.[1]) Ihre Beantwortung im positiven Sinne wird für schlechthin selbstverständlich und einer näheren Begründung nicht für bedürftig gehalten. Soweit das Problem in den reichsgerichtlichen Entscheidungen überhaupt berührt wird, gelangen die Ausführungen über bloße Behauptungen und allgemeine Wendungen nicht hinaus.[2])

Auch in der strafrechtlichen Literatur hat das vorliegende Problem noch nicht die Beachtung und Klärung gefunden, die bei seiner grundlegenden Bedeutung erwartet werden sollte.

Soweit nicht im Anschluß an die reichsgerichtliche Rechtsprechung die positive Entscheidung der Frage für schlechthin selbstverständlich gehalten wird, finden sich auch bei den übrigen Autoren nur schwache Versuche für die Begründung dieses grundlegenden Standpunktes.

Die drei führenden strafrechtlichen Kommentare von Frank,[3]) Olshausen[4]) und Ebermayer-Lobe-Rosenberg[5]) begnügen sich mit der Feststellung der landesrechtlichen Gesetzgebungskompetenz im Gebiete des Schulrechtes und halten die strafrechtliche Bedeutung der landesrechtlichen Normen für eine sich hieraus ohne weiteres ergebende Folgerung.[6])

---

[1]) Die Vernachlässigung dieser Frage bemängelte Graf zu Dohna bereits im Jahre 1905. Rechtswidrigkeit S. 84, Anm. 6.

[2]) So begnügt sich das Reichsgericht in der grundlegenden Entscheidung RG III v. 18. IV. 1887, Entsch. Bd. 16, S. 35 f. mit der einfachen Feststellung: „Für die Beurteilung, ob den Lehrern ein Züchtigungsrecht bezw. in welchem Umfange zusteht, ist das Landesrecht maßgebend", und ebenso in der Entscheidung RG III vom 10. IV. 1902, Bd. 35, S. 183: „Für die Beurteilung der Frage, ob einem Lehrer gegenüber seinen Schülern ein Züchtigungsrecht zusteht, ist allerdings in erster Linie (?) das Landesrecht maßgebend."

[3]) XVIII. Abschn. Note II, 1, S. 456.

[4]) § 223, 10 b, S. 1016.

[5]) Lpz. Komm. Einl. 5a, S. 8; § 223, 10c, S. 665.

[6]) So führt Ebermayer aus: „Soweit das zuständige Landesrecht dem Lehrer das Recht zur Züchtigung einräumt, fällt die in Ausübung und innerhalb der Grenzen dieses Rechtes vorgenommene Züchtigung nicht unter das Strafgesetz ...; soweit das zuständige Landesrecht jedoch die

Ebensowenig trägt v. Liszt[1]) Bedenken, dem Landesrecht die Fähigkeit zur Schaffung von strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen zuzuerkennen, indem er ausdrücklich bemerkt, daß die allgemeinen Grundsätze über die Rechtswidrigkeit als Begriffsmerkmal strafrechtlicher Deliktstatbestände auch dann anzuwenden seien, „wenn durch landesrechtliche Rechtsnormen oder Verwaltungsvorschriften ein reichsrechtlicher Tatbestand seiner Rechtswidrigkeit entkleidet werden soll."

Oppenhoff,[2]) v. Schwarze,[3]) in jüngster Zeit auch Meyer-Allfeld,[4]) Gerland[5]) und Beling[6]) beschränken sich gleichfalls ohne nähere Begründung auf die Behauptung der „zweifellos" vorhandenen Befähigung des Landesrechtes, in den seiner Gesetzgebungskompetenz vorbehaltenen Gebieten die reichsstrafrechtlichen Normen einzuengen.

Ebenso gingen Keßler[7]) und Stenglein,[8]) die Gegner in jener heftigen, im Jahre 1889 geführten Kontroverse über die Berechtigung der reichgerichtlichen Rechtsprechung im Gebiete des Lehrerzüchtigungsrechtes gleichermaßen von der grundsätzlichen Anerkennung der landesrechtlichen Normen als selbstverständlicher Grundlage der Erörterung aus.

Endlich wird dieser Standpunkt auch von den beiden monographischen Abhandlungen über das Problem der Rechtswidrigkeit von Nagler[9]) und Heinitz[10]) vertreten, ohne daß sich auch hier eine nähere Begründung für die aufgestellte Behauptung fände.[11]) [12]) [13])

Ausübung des Züchtigungsrechtes innerhalb bestimmter Grenzen einschränkt, ist eine unter Ueberschreitung dieser Grenzen am Schüler vorgenommene Züchtigung objektiv widerrechtlich und, wenn die Grenzen des Züchtigungsrechtes bewußt überschritten werden, als vorsätzliche Körperverletzung strafbar".

[1]) § 32, B. II, 3, S. 178.

[2]) § 223, Note 9, S. 455 (im Widerspruch zu den treffenden eigenen Bemerkungen S. 17, Note 2).

[3]) S. 496.

[4]) S. 139, Note 21.

[5]) S. 112, Note 1.

[6]) Grundzüge § 20, V, S. 35.

[7]) GS. Bd. 41, S. 161 ff.

[8]) GS. Bd. 42, S. 1 ff.

[9]) In der Festschrift für Binding, Bd. II, S. 361.

[10]) S. 118.

[11]) Nagler entkräftet zudem seine im Text gemachten Ausführungen in einer Anmerkung durch die Einschränkung, daß eine landesrechtliche Züchtigungsverordnung, die eine Bastonade von 100 Stockschlägen gestatten würde › „als mit dem reichsrechtlichen Züchtigungsbegriff (sic!) unvereinbar", selbstverständlich nicht als Ergänzung des Reichsrechtes gelten dürfe.

[12]) Ohne Begründung wird die Rspr. d. RG. gebilligt von Conrad DJZ. 32, S. 734.

[13]) Ebensowenig ist die Frage in den beiden Breslauer Dissertationen über das Lehrerzüchtigungsrecht von Schaeffer und Janisseck gefördert

Unter den Autoren, die eine nähere Begründung für die dem Landesrecht zuerkannte Befähigung, kriminelle Rechtfertigungsgründe zu normieren, zu geben versuchen, ist in erster Linie Binding zu nennen.

Er führt aus:[1]) „Das Recht zur Aufstellung der natürlich zwingend gemeinen Normen schließt das Recht zur Begrenzung der Verbote und Gebote, somit zur Aufstellung von zwingend gemeinen Ausnahmen der Norm notwendig in sich ..... Wenn sich das Reich aber mit dem Verbote einer Handlung nur deshalb befaßt, um daran ein Strafgesetz zu schließen, wenn also die Rechtsverhältnisse, zu deren Schutz das Verbot dienen soll, auf dem Gebiete des Partikularrechtes liegen, so wird das Reich vielfach ganz außerstande sein, zu bestimmen, wann die regelmäßig verbotenen Handlungen ausnahmsweise erlaubt seien. Verordnet z. B. das Partikularrecht, ein Lehrer habe ein Züchtigungsrecht, so wird das Reich im Zweifel nicht gewillt sein, an diese partikularrechtlichen Ausnahmen zu rühren; denn ihre Existenz ist Bedürfnis, und das Reich ist nicht imstande, die Ausnahmen der Normen unter Berücksichtigung des Partikularrechtes aller 25 Bundesstaaten zu spezialisieren. Das Reich versteht dann seine Verbote mit Vorbehalt der bestehenden und künftigen Ausnahmen des Landesrechtes".

Die Binding'sche Konstruktion läuft demnach auf die Annahme eines im Reichsstrafrecht enthaltenen stillschweigenden Vorbehalts zu Gunsten des Landesrechtes hinaus.

Mit der bloßen Behauptung von der Existenz eines solchen Vorbehalts ist die Frage indes kaum gefördert. Der rechtsdogmatische Wert dieser Konstruktion ist vielmehr in entscheidendem Maße davon abhängig, ob es gelingt, das Vorhandensein eines derartigen Vorbehaltes im Wege einer schlüssigen theoretischen Begründung nachzuweisen, ein Erfordernis, das um so dringender ist, als hier der Rechtsordnung ein stillschweigender Grundsatz von entscheidender Bedeutung unterstellt wird, der an keiner Stelle zum positiven Ausdruck gelangt ist.

In dieser Hinsicht sind aber die Ausführungen Bindings nicht genügend. Sie sind dies nicht allein deshalb, weil sich der eigentliche Inhalt der Beweisführung in dem bloßen Hinweis auf die rechtstechnische Unmöglichkeit erschöpft, die Partikularrechte sämtlicher 25 Bundesstaaten mit ihren mannigfachen Abweichungen im Reichsstrafgesetzbuch einzeln aufzuführen, sondern vor allem auch darum, weil dieser an sich sehr beachtenswerte und richtige Gedanke wiederum nahezu illusorisch gemacht wird durch die Ein-

worden. Während ersterer sich mit der Aufstellung einer Behauptung i. S. der herrschenden Lehre begnügt (S. 38), erschöpft sich die Darstellung des letzteren in einer Zusammenstellung der in der Literatur vorgebrachten Argumente (S. 16 ff.)

[1]) Handbuch S. 279.

schränkung, daß die Duldung der landesrechtlichen Ausnahmen durch das Reichsrecht nur so weit gehe, als hierfür ein „Bedürfnis" bestehe. Daß durch die Einführung dieses Begriffes, der die Entscheidung im springenden Punkt aus einer quaestio iuris zu einer reinen quaestio facti macht,[1]) die gesamte Beweisführung in rechtsdogmatischer Hinsicht ihren Wert verliert, bedarf keiner weiteren Ausführung.

Eine weitere Schwäche der Bindingschen Argumentation liegt in der Behauptung, es handele sich bei der Frage des Lehrerzüchtigungsrechtes um die Regelung von Rechtsverhältnissen, „deren Schutz auf dem Gebiete des Partikularrechtes liege". Eine Begründung für diese Behauptung fehlt. Mit weit größerem Rechte könnte man sagen, daß der strafrechtliche Schutz von Leib und Leben, somit Rechtsverhältnisse in Frage stehen, deren Schutz auf dem Gebiete des Reichsrechtes liegt. —

Eingehenderer Betrachtung bedarf eine weitere Begründung für die Geltung des Landesrechtes, die in Literatur und Rechtsprechung vereinzelt in Erscheinung tritt.[2])

Ausgehend von der Feststellung, daß das Züchtigungsrecht des Lehrers seiner Natur nach nicht ein subjektives Recht im Sinne des Privatrechtes ist, sondern vielmehr lediglich ein Attribut seines Amtes, eine sogen. Amtsbefugnis, wird weiter gefolgert, daß für die gesetzliche Normierung dieser Befugnis notwendigerweise das Recht des Einzelstaates maßgebend sein müsse, durch dessen obrigkeitlichen Anstellungsakt diese Befugnis in der Person des betreffenden Lehrers zur Entstehung gelangt sei. Wenn daher die inhaltliche Bestimmung und Umgrenzung dieser Amtsbefugnis Aufgabe des Landesrechtes sei, so könne folgeweise auch die Frage, ob eine in Ausübung dieser Befugnis vorgenommene Züchtigungshandlung rechtmäßig oder rechtswidrig sei, nicht anders entschieden werden, als nach Maßgabe dieser landesrechtlichen Bestimmungen. —

Um zu einer richtigen Beurteilung dieses auf den ersten Blick einleuchtenden Gedankenganges zu gelangen, ist es erforderlich, die Bedeutung des Begriffes „Amtsbefugnis" klarzustellen, der die Grundlage und den Angelpunkt der ganzen Beweisführung bildet.

Aus der Kennzeichnung eines bestimmten rechtlichen Dürfens als einer „Amtsbefugnis" folgt zunächst, daß die fragliche Befugnis in ihrer existentiellen Bedingtheit abhängt von der Beamteneigenschaft ihres Trägers. Wer nicht Beamter ist, kann keine Amtsbefugnis besitzen. Hieraus ergibt sich, daß für die Frage,

[1]) Diese Konsequenz seiner These gibt Binding selbst zu: S. 280.
[2]) RG. II, 29. III. 87, Bd. 15, S. 378; v. Bar, Gesetz und Schuld, III S. 90, N. 134.

wem die betr. Befugnis zusteht, das Recht des Staatsverbandes maßgebend ist, durch dessen obrigkeitlichen Anstellungsakt dem Beamten die Amtseigenschaft verliehen worden ist.

Die Lehrer sind nach geltendem deutschen Staatsrecht grundsätzlich Beamte der Länder. Für die Frage, wer überhaupt Träger des Lehrerzüchtigungsrechtes sein kann, ist daher die Zuständigkeit des Landesrechtes gegeben und findet in der Natur dieser Befugnis als einer „Amtsbefugnis" ihre spezifische Begründung.

Eine hiervon völlig verschiedene Frage aber ist es, ob diese Vorschriften des Landesrechtes über die Amtsbefugnisse der Lehrer auch begriffsnotwendig die Grundlage bilden müssen für die Frage der kriminellen und disziplinären Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der in Ausübung dieser Befugnis vorgenommenen Züchtigungshandlungen.

In dieser Hinsicht muß ein Unterschied von entscheidender Bedeutung beachtet werden, der in der oben zitierten Beweisführung verkannt ist.

Aus dem Begriff der Amtsbefugnis folgt, daß ihr Träger bei der Ausübung der ihm zustehenden Rechte in jenem spezifischen Verhältnis der Unterordnung steht, das für die Stellung des Beamten kennzeichnend ist. Das Besondere dieser Stellung besteht darin, daß der Beamte bei Ausübung seiner Amtsbefugnis an die Anweisungen seiner vorgesetzten Dienstbehörde gebunden ist und bei Nichtbeachtung dieser Vorschriften im Wege des Disziplinarverfahrens belangt wird.

Aus der Natur der Sache ergibt sich nun, daß die Normen über das Disziplinarstrafrecht notwendigerweise landesrechtlicher Natur sein müssen; denn ob ein Beamter seinen Pflichten gegenüber der vorgesetzten Dienstbehörde nachkommt oder nicht, ob seine Handlung somit rechtswidrig oder rechtmäßig im Sinne des Disziplinarrechtes ist, kann nur entschieden werden auf Grund von Bestimmungen, die von derselben Stelle ausgehen, der der Beamte beamtenrechtlich untergeordnet ist. Für die Frage der disziplinären Rechtswidrigkeit ist somit allerdings das Landesrecht maßgebend.

Im Gegensatz hierzu kann aus der Eigenschaft des Züchtigungsrechtes als einer Amtsbefugnis, soweit die kriminelle Rechtswidrigkeit in Frage steht, für die Notwendigkeit der landesrechtlichen Normierung eine Begründung nicht hergeleitet werden.

Während nämlich die Rechtswidrigkeit einer Handlung in disziplinarrechtlicher Hinsicht sich notwendig nach Vorschriften beurteilt, die lediglich die Verantwortlichkeit des Beamten seiner vorgesetzten Behörde gegenüber normieren, muß sich die Frage der kriminellen Rechtswidrigkeit nach Bestimmungen entscheiden, die die Grenzen der Amtsbefugnisse dritten Personen gegenüber bezeichnen. Diesen Bestimmungen aber fehlt ihrer Natur nach die spezifische Verbundenheit mit dem Amtscharakter des Züchtigungs-

rechtes, die bei jenen die Einordnung unter die Landesgesetzgebung begriffsnotwendig bedingt.

Aus der Natur des Lehrerzüchtigungsrechtes als einer Amtsbefugnis kann somit eine Begründung für die Zuständigkeit des Landesrechtes zur Aufstellung der Normen über die strafrechtliche Rechtswidrigkeit der Züchtigungshandlungen nicht hergeleitet werden.

Damit ist zugleich auch eine Auffassung widerlegt, die unter Berufung auf die Eigenschaft der rechtswidrigen Züchtigungshandlung als eines Amtsdeliktes in der Bestimmung des § 340 StGB. den positivrechtlichen Beweis für die reichsstrafrechtliche Anerkennung der landesrechtlichen Normen erblickt.

Wie sich bei näherem Zusehen ergibt, folgt aus der Gestaltung dieser Bestimmung vielmehr das Gegenteil des behaupteten Beweises.

Nach § 340 StGB. wird mit Gefängnis bestraft „ein Beamter, welcher in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung seines Amtes vorsätzlich eine Körperverletzung begeht oder begehen läßt". — Hiernach handelt es sich bei der Körperverletzung im Amt um ein sogen. uneigentliches Amtsdelikt, d. h. ein solches, das nicht seinem Wesen nach nur von Beamten begangen werden kann, das vielmehr in einer auch sonst strafbaren Handlung besteht, die lediglich dadurch besonders qualifiziert ist, daß sie von einem Beamten in seiner Eigenschaft als solchem begangen ist. Entscheidend ist, daß der hier maßgebende Begriff der Körperverletzung derselbe ist wie bei dem einfachen Delikt der Körperverletzung nach § 223 StGB. und daß somit auch die Frage der Rechtswidrigkeit nur insoweit mit der Amtseigenschaft des Täters in Beziehung steht, als zur Erfüllung des Tatbestandes nach § 340 StGB. erforderlich ist, daß der Täter Beamter war.

Hiernach ergibt sich auf Grund des positiven Rechtes dasselbe Ergebnis, das oben auf theoretischem Wege gefunden wurde: Das Landesrecht ist für die Körperverletzung im Amte insofern von Belang, als es über die Frage entscheidet, wer Beamter ist, somit als Täter in Betracht kommt. Die Frage aber, ob die Züchtigungshandlung widerrechtlich ist, entscheidet sich nach denselben Regeln, die auch für die Rechtswidrigkeit einer einfachen Körperverletzung nach § 223 StGB. gelten Regeln, also, deren landesrechtliche Natur jedenfalls nicht deshalb begriffsnotwendig ist, weil der Delinquent Beamter des Einzelstaates ist.

Endlich muß noch kurz eingegangen werden auf eine Auffassung, die zwar mit Recht in Theorie und Praxis keinen Anklang gefunden hat, die aber doch wegen der Eigenart ihrer Beweisführung nicht des Interesses entbehrt.

In seiner Abhandlung über das Züchtigungsrecht in seiner strafrechtlichen Bedeutung hat Hubrich[1]) gleichfalls den Versuch gemacht, das in Frage stehende Problem mit Hilfe des positiven Rechtes zu lösen. Den Ausgangspunkt seines Gedankenganges bildet die Feststellung, daß die landesrechtlichen Normen, welche gewissen Personen ein Züchtigungsrecht verleihen, ihrem Wesen nach nicht strafrechtlicher Natur seien, sondern dem öffentlichen Rechte des betr. Einzelstaates angehörten. Berechtigungen aber — so lautet nun die Folgerung Hubrichs —, „welche aus partikularen Rechtssätzen der berührten Art erwachsen, können durch das Reichsstrafgesetzbuch nicht beeinträchtigt werden. Denn mit dem Inkrafttreten des Strafgesetzbuches ist nach § 2 EG. StGB. nur das Landes*strafrecht*, insoweit es Materien betrifft, welche Gegenstand des Strafgesetzbuches sind, außer Wirksamkeit gesetzt, und danach sind partikuläre Normen, welche streng genommen *nicht* dem Strafrechtsgebiet angehören, unberührt geblieben. Somit ist auch die fernere Gültigkeit derjenigen landesrechtlichen Rechtssätze, welche gewissen Personen in einem Züchtigungsrecht zwar die Befugnis zu Handlungen, die den äußeren Tatbestand der Körperverletzung erzeugen, verleihen, welche aber ihrer Natur nach an und für sich nicht im Strafrechtsgebiet wurzeln, gewahrt, und die Berufung auf diese Rechtssätze ist noch gegenwärtig geeignet, das Erfordernis der Widerrechtlichkeit, welches nach dem Strafgesetzbuch der strafbaren Körperverletzung innewohnen muß, auszuschließen."

Der grundlegende Fehler dieses Gedankenganges liegt in der Verwechslung zweier Fragenkomplexe, die zwar äußerlich in einem gewissen Zusammenhange stehen, die ihrer dogmatischen Struktur nach aber völlig verschiedenartiger Natur sind und scharf getrennt werden müssen.

Die erste Frage, die bei Erlaß eines jeden neuen Strafgesetzes der positiven Entscheidung bedarf, bezieht sich auf die Weitergeltung bezw. Außerkraftsetzung der bisher geltenden Strafrechtsnormen unter der Herrschaft des neuen Strafrechtes. In Rechtsgebieten mit bundesstaatlicher Struktur muß sich die Regelung dieser Frage notwendigerweise verbinden mit einer Klärung der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenzen von Reich und Ländern auf strafrechtlichem Gebiet, insbesondere dann, wenn, wie im Deutschen Reich, mit der Einführung des neuen Strafrechtes auch ein Uebergang der Gesetzgebungskompetenz vom Einzelstaat auf das Reich verbunden ist. Es handelt sich hierbei also um das Verhältnis zwischen Kategorien von strafrechtlichen Bestimmungen verschiedener Art, die infolge ihrer unterschiedlichen temporalen und territorialen Herkunft untereinander in Kollision geraten sind. Mit Recht findet die Regelung dieser Frage (die im deutschen Strafgesetzbuch in § 2 EG. niedergelegt ist) ihren Platz unter den Uebergangsbestimmungen des Einführungsgesetzes.

[1]) S. 170, 171.

Ganz anderer Natur aber ist die Frage, die im vorliegenden Zusammenhang interessiert. Hier handelt es sich nicht um die Kollision zwischen Normen des Reichsstrafrechtes und Normen des Landesstrafrechtes, sondern um das Verhältnis zwischen Reichsstrafrecht und außerstrafrechtlichem Landesrecht, ein Problem, das dadurch entsteht, daß die Strafbarkeit einer Handlung durch das Erfordernis ihrer Rechtswidrigkeit unter Umständen abhängig ist auch von außerstrafrechtlichen Normen, die gegebenenfalls im Gegensatz zum Strafrecht der Gesetzgebungskompetenz des Einzelstaates unterliegen können. Ihre dogmatische Stellung kann die Regelung dieser Frage somit nicht unter den Uebergangsbestimmungen des intertemporalen Rechtes finden; sie gehört vielmehr zu dem Fragenkomplex, der sich um das Problem der Rechtswidrigkeit gruppiert.

Hieraus ergibt sich die Fehlerhaftigkeit der Hubrich'schen Beweisführung ohne weiteres. Die von ihm angezogene Bestimmung des § 2 StGB. kann sich nur beziehen auf die Kompetenzabgrenzung zwischen Reich und Einzelstaaten bezüglich der Aufstellung strafrechtlicher Tatbestände. Es ist daher nicht möglich, ihr den von Hubrich unterstellten weiteren Sinn zu geben. Denn Voraussetzung eines durch argumentum e contrario gewonnenen Schlusses vom positiv bestimmten Ausschluß des Landesstrafrechtes auf eine implicite ausgesprochene Duldung des Landesrechtes außerstrafrechtlicher Natur würde voraussetzen, daß das Verhältnis zwischen Reichsrecht und Landesrecht an dieser Stelle in jeder Hinsicht geregelt werden könnte und müßte. Dies ist nicht der Fall, und somit entfällt die Zulässigkeit der von Hubrich angewandten Beweisführung.

II. Als Ergebnis dieses Ueberblickes über die bisherige Behandlung des Problems in Wissenschaft und Rechtsprechung ergibt sich somit, daß es trotz mehrfacher Versuche bisher noch nicht gelungen ist, der herrschenden Auffassung über die Wirksamkeit der landesrechtlichen Schulbestimmungen als positivrechtlicher Grundlage für die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit von Züchtigungshandlungen jene gesicherte Begründung zu geben, die im Hinblick auf die mangelnde Entscheidung der Frage im positiven Recht erforderlich erscheint. Wenn zwar auch die Frage der Anwendbarkeit der landesrechtlichen Normen durch die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichtes für die Praxis zur Zeit im bejahenden Sinne entschieden sein mag, so darf dies doch nicht darüber hinwegtäuschen, daß diese Lehre sowohl bezüglich ihrer praktischen Brauchbarkeit wie auch im Hinblick auf ihre theoretische Fundierung keineswegs so sehr allen Zweifeln entrückt ist, daß eine weitere Bemühung, sie zu durchforschen, sich erübrigte.

Wie unsicher vielmehr gerade für das Reichsgericht die von ihm selbst bezogene Position ist, hat sich in jüngster Zeit wieder deutlich gezeigt.

In einer viel beachteten Entscheidung [1]) hat sich das Reichsgericht mit der Lage befaßt, die durch die neuartige Bestimmung des § 28 Abs. 1 des sächsischen Schulbedarfsgesetzes [2]) entstanden ist.

Ein sächsischer Volksschullehrer hatte hier einem elfjährigen Schüler, der ihm mehrfach Brotkrümchen an den Kopf geworfen hatte, zwei Ohrfeigen verabfolgt. — Das Landgericht hatte den Lehrer aus § 340 StGB. zu einer Geldstrafe verurteilt, indem es die Anwendbarkeit des § 233 StGB. (betr. sogen. Kompensation) verneinte, die Voraussetzungen der Notwehr als tatsächlich nicht gegeben und die etwaige irrtümliche Annahme des Lehrers, mit Zustimmung der Eltern des Schülers zu handeln, als unbeachtlich ansah.

Das Reichsgericht billigte die Auffassung des Landgerichts von der Unanwendbarkeit des § 233 StGB., ebenso — nach Lage der tatsächlichen Umstände — die Nichtanwendung des § 53 StGB., hob dagegen — unter Zurückverweisung — die Vorentscheidung auf Grund der folgenden Darlegung auf:

„Es ist zwar richtig, daß der Lehrer, wenn er die Schulzucht handhabt, öffentliche Gewalt ausübt, und daß er, wenn er in seiner Eigenschaft als Lehrer züchtigt, den schulgesetzlichen Rechtsvorschriften unterworfen ist und die Nichtachtung dieser ihn dienstrechtlich strafbar macht. Dadurch wird aber nicht ausgeschlossen, daß ihm andere Rechtfertigungsgründe zur Seite stehen, insbesondere, daß er das Erziehungsrecht der Eltern auf Grund einer Uebertragung für diese ausüben kann .... Das Züchtigungsrecht der Eltern fließt aus dem elterlichen Erziehungsrecht, das als ein höchstpersönliches und daher unveräußerliches anzusehen ist. Aber dadurch wird nicht ausgeschlossen, daß die Handhabung des Züchtigungsrechtes von den Eltern einer anderen Person übertragen werden kann. (RGE. Bd. 33, S. 33). Ist das geschehen, so handelt es sich weder um einen Akt der Schulzucht, noch um eine Geschäftsführung ohne Auftrag im vermuteten Einverständnis der Eltern, sondern um die Ausübung des elterlichen Züchtigungsrechtes auf Grund der Uebertragung seiner Ausübung. Es ist kein Grund ersichtlich, warum Eltern nicht auch dem Lehrer ihres Sohnes im Interesse der Erziehung die Ausübung ihres Züchtigungsrechtes sollten übertragen dürfen. Auch wenn sich ein Lehrer, der nach erfolgter Ermächtigung durch die Eltern einen Schüler züchtigt, dienstrechtlicher Ahndung aussetzen kann, weil er damit gegen die Schulordnung verstößt, so kann doch jedenfalls strafrechtlich in der Ausübung eines übertragenen elter-

[1]) RG. I vom 8. II. 27, Bd. 61, S. 191 ff; hierzu Conrad in DJZ. Bd. 32, S. 734.

[2]) „Bei Handhabung der Schulzucht ist jedes Mittel zu vermeiden, das den Zwecken der Erziehung zuwiderläuft. Körperliche Züchtigung der Schüler ist unzulässig."

lichen Züchtigungsrechtes eine rechtswidrige Körperverletzung nicht erblickt werden. Das sächsische Schulbedarfsgesetz will und kann aber nicht die Uebertragung des elterlichen Erziehungsrechtes auf den Lehrer verbieten... Nur die Ausübung dieses Züchtigungsrechtes in der Schule kann als auch von ihm verboten erachtet werden. Ein Verstoß gegen ein Verbot solchen Inhalts aber macht, wie erwähnt, nur dienstrechtlich strafbar, läßt die Rechtmäßigkeit der Züchtigung selbst auf Grund des übertragenen Züchtigungsrechtes bestehen und nimmt damit dieser die Natur einer widerrechtlichen Körperverletzung. Bei dieser Rechtslage wird zu prüfen sein, ob der Angeklagte nicht als Lehrer hat strafen, sondern ein übertragenes Züchtigungsrecht des Vaters hat ausüben wollen." —

Eine Ergänzung und Vervollständigung dieser Ausführungen ließ das Reichsgericht kurz danach in einem weiteren Urteil[1]) folgen, in dem es einen anderen, ebenfalls sächsischen Volksschullehrer unter Aufhebung der Vorentscheidung alsbald freisprach und hierbei hervorhob, „das Landesrecht könne die Ausübung einer aus dem Reichsrecht fließenden Befugnis (die Ausübung eines übertragenen Züchtigungsrechtes durch den Lehrer) nicht mit der Wirkung verbieten, daß eine nach dem Reichsrecht zulässige Handlung zu einer rechtswidrigen würde."

Diese Ausführungen des Reichsgerichts veranschaulichen in besonderem Maße die Mängel, die der herrschenden Lehre anhaften.

Der erkennende Senat war durch die neuartige Bestimmung des sächsischen Rechtes in eine schwierige Lage geraten. Wollte er einerseits an der bisher konsequent vertretenen Auffassung festhalten, daß für Bestand und Inhalt des Lehrerzüchtigungsrechtes die schulrechtlichen Bestimmungen der Einzelstaaten maßgebend seien, so mußte er zur Bestrafung des Angeklagten gelangen; denn es handelte sich um einen sächsischen Volksschullehrer, der als solcher in der Schule einen ihm unterstellten Schüler körperlich gezüchtigt hatte, obwohl nach der klaren Bestimmung des Schulbedarfgesetzes jede körperliche Züchtigung in den sächsischen Volksschulen unzulässig ist.

Auf der anderen Seite ließ sich nicht leugnen, daß dieses Ergebnis keineswegs befriedigen konnte. Es mußte dem gesunden Rechtsgefühl widersprechen, den Lehrer für eine Handlung zu bestrafen, die nach allgemeiner Auffassung pädagogisch geboten und auf Grund der schulrechtlichen Bestimmungen im gesamtdeutschen Rechtsgebiet mit Ausnahme allein des Freistaates Sachsen auch gesetzlich erlaubt war.

In diesem Zwiespalt, dem sich das Reichsgericht gegenübersah, tritt somit jenes Problem praktisch in die Erscheinung, das in seiner theoretischen Grundlage den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet. Die Entscheidung des Reichsgerichts bean-

[1]) Mitget. von Conrad in DJZ. 32, S. 735 (1 D 181/27 vom 18. III. 27).

sprucht deshalb im Rahmen dieser Arbeit insofern ein besonderes Interesse, als sie den Versuch der Praxis darstellt, die herrschende Lehre auch gegenüber den neuen, durch das sächsische Recht entstandenen Schwierigkeiten zu verteidigen und dennoch trotz der nunmehr stark divergierenden Bestimmungen der einzelstaatlichen Schulrechte zu einer reichseinheitlichen Strafrechtsprechung zu gelangen. —

Wie sich aus den zitierten Entscheidungsgründen ergibt, hält das Reichsgericht seine Lehre, die in den landesrechtlichen Schulbestimmungen die Grundlage für die Lösung der kriminellen Rechtfertigungsfrage erblickt, nach wie vor aufrecht. Es bleibt dabei, daß ein Lehrer, „wenn er in seiner Eigenschaft als solcher züchtigt, den schulgesetzlichen Rechtsvorschriften unterworfen ist" und daß „die Nichtachtung derselben ihm dienstrechtlich" — und strafrechtlich[1]) — „strafbar macht." Der sächsische Lehrer hätte demgemäß verurteilt werden müssen.

Diesem Ergebnis zu entgehen, nimmt das Reichsgericht seine Zuflucht zu einer Erwägung, die zwar nicht eines richtigen Kernes entbehrt, die aber im vorliegenden Falle zu einem schwerwiegenden Fehlschluß geführt hat.

Der erkennende Senat hat, wie sich aus seinen Ausführungen ergibt, keinen Zweifel, daß der betr. Lehrer in seiner Eigenschaft als solcher, d. h. in Ausübung der ihm übertragenen öffentlichrechtlichen Gewalt, gezüchtigt hat. Dies ergibt sich als notwendige Folge aus seiner Feststellung, daß der Lehrer sich durch die Ausübung des Züchtigungsrechtes in der Schule dienstrechtlich strafbar gemacht habe. Strafbar im Sinne des Disziplinarrechtes kann nur eine Handlung sein, die vom Täter in Ausübung des ihm übertragenen obrigkeitlichen Amtes vorgenommen worden ist. Sollen somit die einzelstaatlichen Schulgesetze, insoweit die dienstrechtliche Verantwortlichkeit in Frage steht, maßgebend sein, so folgt hieraus, daß der Lehrer in seiner Eigenschaft als solcher, d. h. in Ausübung der ihm übertragenen Amtsgewalt gehandelt hat. Hieraus ergibt sich aber mit Notwendigkeit die weitere Folge, daß auch für die Frage der kriminellen Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit dieser Handlung einzig und allein die schulgesetzlichen Rechtsvorschriften maßgebend sind, deren Zweck und Inhalt gerade darin besteht, die Befugnisse der Lehrer bei Ausübung ihrer Erziehungsgewalt zu regeln.

Im Gegensatz hierzu hält es das Reichsgericht für möglich, daß trotz des Verbotes der körperlichen Züchtigung durch das

[1]) Die Worte — „und strafrechtlich" — fehlen im Text der Entscheidung. Aus dem ganzen Zusammenhang ergibt sich jedoch, daß sie zu Unrecht fortgelassen sind. Denn stellt sich das RG. auf den Standpunkt, daß der Lehrer den schulges. Rechtsvorschr. unterworfen ist, so folgt hieraus nach seiner eigenen Anschauung mit Notwendigkeit, daß er, — unter diesem Gesichtspunkt jedenfalls — nicht nur disziplinär, sondern auch kriminell widerrechtlich gehandelt hat.

Schulgesetz dem Lehrer ein Recht zur Vornahme einer solchen Züchtigung dann zustehen könne, wenn ihm die Eltern die Ausübung ihrer eigenen Erziehungsrechte übertragen hätten; denn dann „handele es sich nicht mehr um einen Akt der Schulzucht" und „das Schulbedarfsgesetz wolle und könne nicht die Uebertragung des elterlichen Erziehungsrechtes auf den Lehrer verbieten."

Hier liegt die Fehlerquelle der reichsgerichtlichen Beweisführung.

Es ist nicht möglich, eine bestimmte Befugnis gleichzeitig aus verschiedenen Rechtsgründen abzuleiten. Eine derartige Konstruktion müßte notwendigerweise zu der logisch unhaltbaren Folgerung führen, daß für die rechtliche Beurteilung einer Handlung gleichzeitig verschiedene Normen gelten und daß die Handlung somit u. U. sowohl rechtmäßig als rechtswidrig sein kann.

Inhalt und Umfang von Befugnissen können vielmehr stets nur unter einem einzigen, ausschließlich entscheidenden rechtlichen Gesichtspunkt gewürdigt werden und für die Frage der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit einer Handlung, die auf Grund dieser Befugnisse vorgenommen wird, kann stets nur e i n e Rechtsnorm maßgebend sein. Denn es bildet eine der elementaren Eigenschaften jeder Rechtsnorm, daß durch sie ein bestimmter Gegenstand autonom und abschließend geregelt wird. Bestände hingegen die Möglichkeit, daß derselbe Gegenstand gleichzeitig noch einer weiteren, der ersten koordinierten Vorschrift unterliegt, so würde damit die gesamte Regelung überhaupt ihren Sinn verlieren; denn die beiden gleichmäßig bedeutsamen Bestimmungen müßten dann notwendigerweise in Konkurrenz treten, sich widersprechen und gegenseitig aufheben.

Steht somit grundsätzlich fest, daß bestimmte rechtliche Befugnisse dem Grunde, Inhalt und Umfang nach stets nur einem einzigen rechtlichen Gesichtspunkt unterliegen können, so ergibt sich hieraus ohne weiteres die Fehlerhaftigkeit der reichsgerichtlichen Argumentation im vorliegenden Rechtsfalle.

Handelte der Lehrer in Ausübung öffentlicher Gewalt, so handelte er nicht gleichzeitig in Ausübung ihm von den Eltern übertragener Erziehungsrechte; und für die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit seines Tuns bilden dann die Vorschriften des in Frage kommenden Schulgesetzes die alleinige und ausschließliche Grundlage. Demgegenüber ist die Behauptung des Reichsgerichts, „das Schulgesetz wolle und könne nicht die Uebertragung des elterlichen Erziehungsrechtes auf den Lehrer verbieten", unhaltbar. Das Gegenteil ist richtig. Soll die Regelung der Züchtigungsbefugnisse des Lehrers im Schulgesetz überhaupt einen Sinn haben, so muß dieselbe eine autonome und abschließende sein dergestalt, daß dadurch gerade der Einfluß der Eltern auf die Handlungsmöglichkeiten des Lehrers jedem einzelnen Schüler gegenüber abgeschnitten und durch eine einheitliche Bestimmung ersetzt wird.

Es kann daher nicht zweifelhaft sein, daß das Reichsgericht, wollte es schon an der grundsätzlichen Wirksamkeit der landesrechtlichen Schulvorschriften festhalten, an einer Bestrafung des sächsischen Lehrers nicht vorbeikommen konnte.

Daß aber der erkennende Senat, bei dem Bemühen, zu einem Freispruch zu gelangen, überhaupt auf den Gedanken kommen konnte, in der Uebertragung der Ausübung der elterlichen Erziehungsrechte einen Rechtfertigungsgrund zu finden, beruht auf dem Mißverständnis der dem Strafgesetz zu Grunde liegenden Rechtstechnik.

Es ist zwar richtig, daß für die Frage, ob eine Handlung rechtmäßig oder rechtswidrig ist, grundsätzlich verschiedene und koordinierte Gesichtspunkte in Betracht kommen können. Mit Recht hat das Reichsgericht im vorliegenden Falle zunächst untersucht, ob die Züchtigungshandlung des Lehrers unter dem Gesichtspunkt der Notwehr oder der Kompensation nach § 233 StGB. gerechtfertigt ist und hat — nach Verneinung dieser Fragen — weiter geprüft, ob sich eine Rechtfertigung der präsumptiv widerrechtlichen Körperverletzung aus einem besonderen Recht des Täters zu ihrer Vornahme herleiten läßt. Ist nämlich die Technik des Gesetzes auf den Gegensatz von Regel und Ausnahme aufgebaut dergestalt, daß eine tatbestandsmäßige Handlung grundsätzlich widerrechtlich ist, sofern nicht durch eine Gegennorm die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen wird, so ergibt sich hieraus von selbst, daß für die Frage der kriminellen Widerrechtlichkeit infolge der Vielzahl der möglichen Ausnahmenormen an sich mehrere verschiedene Gesichtspunkte unabhängig voneinander von Bedeutung sein können dergestalt, daß beim Versagen des einen die Rechtfertigung der tatbestandsmäßigen Handlung sich doch noch aus dem anderen ergeben kann. — Andererseits aber kann es nach dem oben Gesagten nicht zweifelhaft sein, daß der Kreis der systematisch in Frage kommenden Ausnahmenormen dennoch kein unbegrenzter ist. Steht nämlich fest, daß die bestimmten Personen in bestimmter Eigenschaft zustehenden Rechte stets nur in einer einzigen rechtlichen Norm ihre Begründung und inhaltliche Umgrenzung finden können, so ergibt sich hieraus von selbst, daß diese Norm auch für die Frage der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der von diesen Personen vorgenommenen Handlungen ausschließlich maßgebend sein muß. Ergibt sich auf Grund dieser Norm, daß die Rechtswidrigkeit nicht ausgeschlossen, die Handlung somit nicht rechtmäßig war, so besteht nicht die Möglichkeit, dieselbe Befugnis nunmehr noch unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkte zu betrachten, aus dem sich unter Verwendung allgemeiner Rechtsgedanken ein Rechtfertigungsgrund herleiten ließe. [1])

[1]) Daß der Gesichtspunkt der Uebertragung elterl. Erziehungsrechte völlig bedeutungslos wäre, soll damit nicht behauptet werden. Für die Beurteilung von Handlungen, die ein öffentl. Lehrer außerhalb seines Amtes oder die ein Privatlehrer vornimmt, bildet diese Konstruktion eine durchaus geeignete Grundlage.

Die Unzulänglichkeit der ganzen Konstruktion ist dem Reichsgericht denn anscheinend auch nicht verborgen geblieben. Mit Notwendigkeit mußte ihm der Zweifel aufsteigen, welcher der beiden Gesichtspunkte — der des Schulgesetzes, das die Handlung verbot, oder der des übertragenen Erziehungsrechtes, auf Grund dessen die Handlung als gerechtfertigt erschien — denn nun entscheidend sein sollte. So erklärt sich seine Bemerkung, die Vorinstanz werde zu prüfen haben, „ob der Angeklagte nicht als Lehrer habe strafen, sondern ein übertragenes Züchtigungsrecht des Vaters habe ausüben wollen." Dieser Satz des Reichsgerichtes muß den Anschein erwecken, als hänge die Frage, welcher rechtliche Gesichtspunkt für die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Züchtigungshandlungen maßgebend sei, von der subjektiven Auffassung des Lehrers selbst ab. Daß eine derartige Lösung der Frage völlig unhaltbar ist, erscheint ohne weiteres einleuchtend.

Eine andere, aber keineswegs zutreffendere Entscheidung der Frage findet sich in dem zweiten der oben zitierten Urteile, in dem das Durchgreifen des allgemeinen Gesichtspunktes des übertragenen Erziehungsrechtes damit begründet wird, daß „das Landesrecht die Ausübung einer aus dem Reichsrecht fließenden Befugnis (die Ausübung eines übertragenen Züchtigungsrechtes durch den Lehrer) nicht mit der Wirkung verbieten könne, daß eine nach dem Reichsrecht zulässige Handlung zu einer rechtswidrigen würde." Auch diese Begründung, die den Konflikt mit Hilfe des staatsrechtlichen Satzes: „Reichsrecht bricht Landrecht" zu lösen versucht, geht an der Sache vorbei, und vermag die Unhaltbarkeit der ganzen Konstruktion nicht zu verbergen.[1] [2])

Angesichts der gesamten Beweisführung des Reichsgerichtes kann man sich des Eindruckes nicht erwehren, daß es sich hierbei um einen mühsamen Versuch handelt, unter Aufrechterhaltung der herrschenden Lehre doch einen Weg zu finden, gleichzeitig den unerwünschten Konsequenzen derselben zu entgehen, die sich

---

[1]) Eine weitere Schwäche der reichsger. Beweisführung liegt in dem Operieren mit der angeblich reichsrechtl. Natur der aus der Uebertragung des elterl. Erziehungsrechtes fließenden Befugnis. In Wirklichkeit handelt es sich hierbei um einen Rechtsgedanken ganz allgemeiner Art, der weder spezifisch reichsrechtl., noch spezifisch landesrechtl. Natur ist, sondern vielmehr einen wirksamen Bestandteil sowohl des Reichsrechtes wie des Landesrechtes bildet. Hieraus ergibt sich ohne weiters, daß seine Inanspruchnahme für eine der beiden Rechtskreise im Gegenverhältnis zum anderen nicht gerechtfertigt ist.

[2]) Noch unhaltbarer als in der juristischen Begründung ist die Entscheidung des RG. im rein praktischen Ergebnis. Es widerspricht den elementarsten Grundsätzen der Pädagogik, die auf der gleichmäßigen Behandlung der zu Erziehenden beruht, daß der Lehrer den einen Schüler, der ihm Brotkrümchen an den Kopf wirft, körperlich züchtigen darf, seinen Spießgesellen aber, dessen Eltern eine andere Auffassung von den Rechten der Lehrer haben, mit verweisenden Worten laufen lassen muß.

aus der materiellen Unterschiedenheit der landesrechtlichen Schulbestimmungen ergeben und gerade durch die neue Gestaltung des sächsischen Schulrechtes besonders klar in Erscheinung getreten sind.

Der Versuch mußte scheitern. Solange die schulgesetzlichen Bestimmungen des Landesrechts grundsätzlich als geeignete Grundlage für die kriminelle Rechtfertigung der Züchtigungshandlungen angesehen werden, muß dies mit Notwendigkeit eine Vielgestaltigkeit der Strafbarkeitsvoraussetzungen in den einzelnen deutschen Ländern, m. a. W. eine Durchbrechung der gesamtdeutschen Strafrechtseinheit zur Folge haben.

Gerade auf Grund dieser neuesten Ergebnisse der reichsgerichtlichen Rechtsprechung ergibt sich mit besonderem Nachdruck die Notwendigkeit, die Frage im neuen Strafgesetz der bisherigen Ungeklärtheit zu entreißen und, wenn möglich, einer brauchbaren und endgültigen Lösung entgegenzuführen.

Es wird daher die weitere Aufgabe der Arbeit sein, das Problem im Anschluß an die Stellungnahme des Entwurfs noch weiter zu verfolgen, um auf diesem Wege die Grundlage für eine befriedigende positivrechtliche Regelung aufzuzeigen.

§ 3.

Die Lösung des Problems im kommenden Strafrecht.

I. Der einfachste Weg, um zu einer Ueberwindung der Schwierigkeiten und Unzuträglichkeiten zu gelangen, die sich aus der materiellen Unterschiedenheit und Lückenhaftigkeit der einzelstaatlichen Schulbestimmungen ergeben, würde zweifellos darin bestehen, daß die Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit einer Züchtigungshandlung durch eine Bestimmung im kommenden Strafgesetz selbst für das ganze Reich und sämtliche Schularten einheitlich und erschöpfend geregelt würde.

Die rechtstechnische Durchführung dieser Regelung würde durch Aufnahme eines besonderen Paragraphen in den Abschnitt „Körperverletzung" des Besonderen Teils zu bewerkstelligen sein, wie dies im Amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches in den §§ 238 (ärztliche Eingriffe) und 239 (Einwilligung des Verletzten) bereits geschehen ist.

Die einzufügende Bestimmung hätte etwa zu lauten:

„Züchtigungshandlungen sind, soweit sie den Zwecken der Erziehung entsprechen und keine Gefährdung der Gesundheit enthalten, keine Körperverletzungen oder Mißhandlungen im Sinne dieses Gesetzes".

Die Vorteile einer derartigen Regelung liegen auf der Hand. Indem die inhaltlich verschiedenen Vorschriften der einzelstaatlichen Schulbestimmungen durch eine einheitliche Vorschrift im Strafgesetz selbst ersetzt werden, ist die Einheitlichkeit der Strafbarkeitsvoraussetzungen wiederhergestellt und gesichert, die besonders durch die neueste Entwicklung der einzelstaatlichen Schulgesetzgebung in beträchtlichem Ausmaße untergraben zu werden drohte. Zugleich werden durch eine derartige Regelung die Schwierigkeiten beseitigt, die sich aus der Lückenhaftigkeit der landesrechtlichen Schulgesetze ergeben, indem nunmehr die für einzelne Schularten noch fehlende positiv-rechtliche Grundlage zur Entscheidung der Rechtswidrigkeit von Züchtigungshandlungen durch die Geltung einer umfassenden einheitlichen Bestimmung geschaffen wird.

Der Gedanke, das Problem des Lehrerzüchtigungsrechtes durch die Einfügung einer derartigen Vorschrift in das kommende Strafgesetz zu lösen, hat denn auch, wie sich aus den Begründungen der Entwürfe zum neuen Strafgesetzbuch ergibt, bei den Vorarbeiten für dasselbe eine Rolle gespielt, ohne sich indessen bis jetzt voll durchsetzen zu können.

So verneint insbesondere der Amtliche Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches ausdrücklich die Möglichkeit einer derartigen Lösung des Problems und schließt sich in der Regelung dieser Frage wie seine Vorgänger im Ergebnis der herrschenden Lehre an. Nach wie vor sollen die verschiedenen landesrechtlichen Bestimmungen über die Rechte der Lehrer die positivrechtliche Grundlage für die Frage der kriminellen Rechtfertigung einer Züchtigungshandlung bilden.[1])

Die Begründung für diese Stellungnahme ist kurz.[2]) Sie erschöpft sich in der Bemerkung, es sei nicht Aufgabe des Strafgesetzes, das Züchtigungsrecht der Lehrer zu regeln. In welchem Sinne dieser Satz zu verstehen ist, ergibt sich aus der inhaltlich gleichen, aber schärfer formulierten Begründung des Vorentwurfes.[3]) Hier wird die Möglichkeit einer Regelung des Züchtigungsrechtes im Strafgesetze selbst mit dem Hinweis verneint, daß dies einen Eingriff in das Gebiet des Schulrechtes bedeuten würde, das der Partikulargesetzgebung vorbehalten sei.

---

[1]) Ein Fortschritt ist nur insofern zu verzeichnen, als durch d. Neueinführung d. § 20 d. E. das allgem. Problem d. Rechtswidrigk. eine entscheidende Förderung erfahren hat. § 20 lautet: „Eine strafbare Handlung liegt nicht vor, wenn die Rechtswidrigkeit d. Tat durch d. öffentl. od. bürgerl. R. ausgeschlossen ist." Durch diese Best. wird d. Heranziehung d. außerstrafrechtlichen Normen z. Entscheidung d. Rechtswidrigk. einer Handlung allgemein anerkannt und somit der herrschenden Lehre die positivrechtliche Grundlage gegeben, die im bisherigen Recht fehlte, und die von der Wissenschaft erst auf Grund theoretischer Erwägungen geschaffen worden war.

[2]) Begr. S. 122 zum 18. Abschn. „Körperverletzung".

[3]) Vorentw. z. einem D. Str. G. B. 1909 Begr. S. 660, vgl. ferner das. S. 251.

Wenn diese kurzen Bemerkungen auch nicht als eine genügende Begründung für die ablehnende Behandlung der Frage anerkannt werden können, so sind sie doch insofern von Interesse, als sie auf die Zweifel hinweisen, die der hier vorgeschlagenen Lösung entgegenstehen.

Voraussetzung für die Aufstellung einer Bestimmung über die Rechtswidrigkeit von Züchtigungshandlungen im Strafgesetz wäre allerdings, daß die Regelung dieser Frage überhaupt in das Gebiet des Strafrechtes gehört und somit der Zuständigkeit des Strafgesetzgebers unterfällt; denn bildet die Rechtswidrigkeit einer Handlung einen Gegenstand, dessen positiv-rechtliche Regelung notwendig in Normen erfolgen muß, die außerstrafrechtlicher Natur sind, so entfällt dadurch die Möglichkeit, die Frage in Form einer Bestimmung im Strafgesetz zur Entscheidung zu bringen.

Die Untersuchung über die Durchführbarkeit der hier vorgeschlagenen Lösung spitzt sich somit auf die grundlegende Frage nach der Rechtsnatur derjenigen Normen zu, die für die kriminelle Rechtswidrigkeit einer Handlung maßgebend sein müssen.

II. Die Prüfung dieser Frage greift an die Wurzel des Rechtswidrigkeitsproblems. Denn ob die Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit sich notwendig nach Normen außerstrafrechtlicher Natur beurteilen, oder ob ihre Regelung zum Aufgabengebiet des Strafrechtes gehört, hängt entscheidend von der Bedeutung ab, die dem Begriff der Rechtswidrigkeit überhaupt zukommt.

Um zu einer Lösung des vorliegenden Problems zu gelangen, empfiehlt es sich daher, von der Untersuchung der Funktionen auszugehen, die der Begriff der Rechtswidrigkeit zu erfüllen hat; denn die Grundlagen eines Rechtsbegriffes werden am besten erkennbar bei Betrachtung der Aufgaben, die ihm im Gesamtaufbau des Rechtssystems zufallen.

Die wissenschaftliche Arbeit, die in den letzten Jahrzehnten auf die Klärung des Rechtswidrigkeitsproblems verwandt worden ist, hat — soweit sie auch sonst noch vom endgültigen Ziel entfernt sein mag — in dieser Hinsicht bereits zu einem gewissen Abschluß geführt.

Es darf heute als gesicherter Bestand der strafrechtlichen Verbrechenslehre gelten, daß die Rechtswidrigkeit einer Handlung die positive Voraussetzung ihrer Strafbarkeit bildet. Der Fortschritt dieser Erkenntnis besteht in der Klarstellung der gegenseitigen Wechselbeziehungen, die zwischen den beiden strafrechtlichen Grundbegriffen der „Tatbestandsmäßigkeit" und der „Rechtswidrigkeit" bestehen.

Herrschte nämlich noch bis vor kurzem die Meinung vor, die in der Rechtswidrigkeit eine ausschließlich aus der Tatbestandsmäßigkeit folgende Eigenschaft strafbaren Verhaltens erblickte, deren

Bedeutung sich darin erschöpfe, in Form eines negativ und formal gefaßten Vorbehaltes auf die Bedeutsamkeit gewisser Umstände hinzuweisen, bei deren Vorhandensein an sich tatbestandsmäßige Handlungen ausnahmsweise nicht strafbar sein sollten, so führten die weiteren Untersuchungen allmählich zu der Erkenntnis, daß die Rechtswidrigkeit einer Handlung nicht die Folge ihrer Tatbestandsmäßigkeit ist, sondern vielmehr eine unabhängig von derselben bestehende selbständige Voraussetzung der Strafbarkeit bildet.

Daß sich die frühere Auffassung, die in der Tatbestandsmäßigkeit die grundsätzlich allein entscheidende Voraussetzung der Strafbarkeit erblickte, solange aufrechterhalten konnte, beruht vornehmlich darauf, daß sie tatsächlich einen richtigen Kern in sich birgt.

Soll nämlich durch positive Rechtssatzung aus der unendlichen Fülle menschlicher Handlungen ein bestimmter Kreis ausgeschieden werden mit dem Ziele, an ihn eine Straffolge zu knüpfen, so kann dies nicht anders geschehen, als durch Zusammenfassung ähnlicher, durch gleiche äußere Kennzeichen verwandter Handlungsarten in einzelne Gruppen, die nur insoweit voneinander unterschieden werden müssen, als hinsichtlich der Strafart und Strafhöhe eine getrennte Behandlung beabsichtigt ist. Nur durch Schaffung derartiger Handlungstypen, der sogen. strafrechtlichen Tatbestände, ist es möglich, den ungeheuren Komplex der für strafbar zu erklärenden Handlungen in brauchbarer Kürze annähernd erschöpfend zu bezeichnen.

Diese Methode, die Gesamtheit der strafbaren Handlungen durch Zusammenfassung in „Tatbeständen" in kurz gefaßter Regelform darzubieten, muß jedoch, wie jede Verwendung des Regelprinzips, die unbeabsichtigte Wirkung im Gefolge haben, daß infolge der Gemeinsamkeit der äußeren Merkmale auch solche Handlungen unter die aufgestellten Tatbestände fallen, an die der Strafgesetzgeber an sich eine Strafe nicht geknüpft wissen will.

Um die Ausnahmestellung dieser Spezialfälle zum positiven Ausdruck gelangen zu lassen, wäre es hiernach erforderlich, jedem einzelnen Tatbestand einen erschöpfenden Katalog all der Umstände einzufügen, bei deren Vorhandensein der Gesetzgeber die betreffende Handlung nicht mit Strafe belegt wissen will, eine Notwendigkeit, die bei voller Durchführung die Vorteile der kurzen Regeltechnik illusorisch machen würde.

Diesem Ende kann der Gesetzgeber nur dadurch entgehen, daß er auf die positive Erfassung der bei jedem einzelnen Tatbestand in Betracht kommenden Ausnahmefälle verzichtet und sich darauf beschränkt, in Form eines negativ gefaßten Vorbehaltes auf die Geltung von Gegennormen zu verweisen, die an anderer Stelle des Strafgesetzes zusammenfassend die Kriterien enthalten, bei deren Vorhandensein eine Handlung ausnahmsweise trotz Tatbestandsmäßigkeit nicht mit Strafe belegt sein soll.

Diese rein rechtstechnische Funktion zu erfüllen, wurde ursprünglich der Begriff der Rechtswidrigkeit in die Verbrechenslehre eingeführt. Die Aufnahme des Merkmals „rechtswidrig" in jeden Tatbestand bildete nach dieser Auffassung somit lediglich eine Ergänzung des Begriffs der Tatbestandsmäßigkeit, die den Zweck verfolgte, das durch die Anknüpfung der Tatbestände an das Vorhandensein äußerlicher Merkmale entstehende Plus an unbeabsichtigt mit erfaßten Handlungen durch ein entsprechendes Minus wieder auszuschalten.

Die Erkenntnis dieses Sachverhaltes ist für das hier interessierende Problem von großer Bedeutung.

Besteht nämlich die Aufgabe des Rechtswidrigkeitsbegriffes lediglich darin, in Ergänzung des Begriffs der Tatbestandsmäßigkeit den Kreis der strafbaren Handlungen abzugrenzen, so ergibt sich hieraus, daß er seinen gesetzmäßigen Niederschlag seiner Natur nach in Normen finden muß, deren Erlaß in den Kompetenzbereich des Strafgesetzgebers fällt; denn es ist die spezifische Aufgabe des Strafrechtes, aus der Gesamtheit der menschlichen Handlungen diejenigen zu bezeichnen, die mit der Straffolge ausgestattet sein sollen.

Betrachtet man somit den Rechtswidrigkeitsbegriff unter dem Gesichtspunkt seiner primären gesetzestechnischen Funktion, so wäre die Frage, ob außerstrafrechtliche Normen für ihn als inhaltliche Grundlage in Betracht kommen können, geschweige denn diese Grundlage begriffsnotwendig bilden müssen, an sich ohne weiteres im verneinenden Sinne zu beantworten.

Die Tatsache, daß trotzdem die Bedeutsamkeit außerstrafrechtlicher Normen für den Begriff der Rechtswidrigkeit von Wissenschaft und Rechtsprechung durchweg als selbstverständlich betrachtet wird, zeigt indes, daß das Problem der Rechtswidrigkeit noch eine zweite Seite aufweist, deren Problematik gerade erst durch die neuere Forschung in das richtige Licht gerückt worden ist.

Die Brauchbarkeit der oben beschriebenen Rechtstechnik setzt naturgemäß voraus, daß nicht nur der eine Bedingungskomplex der Strafbarkeit, die Tatbestandsmäßigkeit, im Strafgesetz seine abschließende Regelung findet, sondern daß dasselbe daneben auch eine erschöpfende Auskunft über die Ausnahmenormen gibt, auf Grund deren sich die tatbestandsmäßigen, aber dennoch nicht strafbaren Handlungen feststellen lassen.

Ein Blick in das Strafgesetz zeigt indes, daß dasselbe diesem Erfordernis keineswegs entspricht. Während die Umstände, die eine Handlung zu einer tatbestandsmäßigen machen, in größter Ausführlichkeit behandelt sind, finden sich über die Merkmale, bei deren Vorhandensein eine tatbestandsmäßige Handlung „gerechtfertigt" und somit straffrei ist, nur einige wenige und keineswegs erschöpfende Normen.

Der eigentliche Grund dieser auffälligen Lückenhaftigkeit des positiven Strafrechtes liegt auf technischem Gebiete. Mit Recht hat Graf zu Dohna in seiner Schrift „Recht und Irrtum" [1]) darauf hingewiesen, daß die Merkmale, die als Kriterien der Rechtswidrigkeit zu gelten haben, sich in positiver und erschöpfender Formulierung im Strafgesetz selbst garnicht angeben lassen. „Wenn der Gesetzgeber denjenigen mit Strafe bedroht, der an Orten, an denen zu jagen er nicht berechtigt ist, die Jagd ausübt, so könnte er den Zwischensatz nur dadurch zur Auflösung bringen, daß er die Regeln, nach denen sich das Jagdrecht richtet, in extenso in den Tatbestand aufnimmt, was technisch eine Unmöglichkeit bedeutet. Und wollte er aus dem Verbot, Berufsgeheimnisse zu offenbaren, die Voraussetzung streichen, daß diese Offenbarung „unbefugt" erfolgt sein müsse, so bliebe ihm wieder kein anderes Mittel, als alle Gründe aufzuführen, aus denen ein Recht oder gar eine Pflicht dazu resultieren kann". Diese kurzen Beispiele Graf zu Dohnas zeigen deutlich, daß auch die in den obigen Ausführungen gekennzeichnete Rechtstechnik praktisch nicht voll durchführbar ist. Selbst wenn es gelingt, gewisse allgemein gültige Rechtfertigungsgründe, wie z. B. die Notwehr in Form einer Ausklammerung der Gesamtheit der Tatbestände voranzustellen und dadurch ihre Aufführung in jedem einzelnen Tatbestand zu umgehen, so bewirkt doch die Vielzahl und Verschiedenartigkeit der allgemeinen, und noch mehr der für jeden Tatbestand besonders in Betracht kommenden Ausnahmeumstände die technische Unmöglichkeit einer erschöpfenden Erfassung derselben im Strafgesetz selbst.

Diese Tatsache konnte naturgemäß auf die Auffassung des Rechtswidrigkeitsbegriffes, wie sie oben gekennzeichnet wurde, nicht ohne Einfluß bleiben. Denn wenn das Strafgesetz die Bezeichnung der Handlungen, die es als ausnahmsweise straffrei behandelt wissen wollte, versagte, so verlor damit der jedem Tatbestand eingefügte formale Hinweis auf die Geltung von Ausnahmebestimmungen seinen Inhalt und vermochte die ihm zugedachte rechtstechnische Funktion nicht zu erfüllen. —

Vor die Notwendigkeit gestellt, die offenbare Lücke des Strafgesetzes auf irgend einem Wege auszufüllen, richteten Wissenschaft und Rechtsprechung ihre Bestrebungen daher mit Recht darauf, ein gemeinsames Kriterium für die Beschaffenheit jener Gegennormen aufzufinden, über die das Strafgesetz die Auskunft verweigerte.

Den Ausgangspunkt dieser Ueberlegungen bildete die Erwägung, daß die Strafbarkeitserklärung einer Handlung mit innerer Notwendigkeit die Mißbilligung derselben durch den Rechtssetzer voraussetzt und zum Ausdruck bringt. Eine Aufstellung von Strafdrohungen für Handlungen, die von Rechts wegen nicht gleichzeitig verboten werden, ist undenkbar; denn die Ausgestaltung von Tatbeständen mit dem Ziel, hieran eine Strafdrohung anzuknüpfen,

[1]) S. 3 ff.

bedeutet, wie Graf zu Dohna neuerdings mit Recht betont hat, nichts anderes, „wie den Erlaß von Normen, nicht so zu handeln, wie es in den Strafgesetzen näher beschrieben ist." [1])

Die Erkenntnis dieses Sachverhaltes bietet eine geeignete Grundlage für die inhaltliche Bestimmung jener „rechtfertigenden" Gegennormen, über die das Strafgesetz sich ausschweigt.

Bildet nämlich die Mißbilligung der im Tatbestand bezeichneten Handlung die Grundlage ihrer Strafbarkeitserklärung, so drängt sich ohne weiteres der Gedanke auf, daß der Inhalt der für die auszunehmenden Fälle geltenden Normen offenbar in dem Gegenteil einer Mißbilligung, m. a. W. in der rechtlichen Anerkennung und Erlaubnis bestehen muß und kann. Denn da das Verbotensein einer Handlung die Voraussetzung ihrer Strafbarkeit bildet, so muß folgeweise das Vorhandensein einer ausnahmsweisen Erlaubnis von selbst die Wirkung der Straflosigkeit erzielen.

Die Aufdeckung dieses Zusammenhanges ist insofern von großer Bedeutung, als hierdurch erst der Begriff der Rechtswidrigkeit in seiner eigentlichen Grundlage und seiner systematischen Bedeutung erkennbar wird.

So erst findet jetzt die Tatsache ihre Erklärung, daß der oben beschriebene, allen Tatbeständen eingefügte formale Vorbehalt von Gegennormen gerade in die Form des Begriffes „rechtswidrig" gekleidet ist. Hängt nämlich die Strafbarkeit der tatbestandsmäßigen Handlung von der Abwesenheit solcher Umstände ab, die die Handlung als gesetzlich anerkannt, d. h. „recht"-mäßig erscheinen lassen, so wird dies rechtstechnisch am besten durch die Einfügung des konträren Begriffsmerkmals „rechtswidrig" in jeden Tatbestand zum positiven Ausdruck gebracht.

Vor allem aber ist die Auffindung eines gemeinsamen Kriteriums für die inhaltliche Beschaffenheit der „rechtfertigenden" Gegennormen für das hier interessierende Problem von Bedeutung. Denn nunmehr wird überhaupt erst klar, weshalb bei dem Bemühen, die oben geschilderte Lücke im strafgesetzlichen System auszufüllen, der Gedanke auftauchen konnte, dies durch die Heranziehung außerstrafrechtlicher Normen zu bewerkstelligen.

Indem man nämlich erwog, daß die im Strafgesetz fehlenden Normen ihrem Inhalt nach die rechtliche Anerkennung der zwar tatbestandsmäßigen, aber nach dem Willen des Gesetzgebers ausnahmsweise nicht zu mißbilligenden und daher nicht zu bestrafenden Handlungen enthalten müßten, gelangte man zu der Feststellung, daß sich gesetzliche Normen von derartigem Inhalt wenn nicht im Strafrecht selbst, so doch in anderen Rechtsgebieten auffinden lassen.

Die Ursache dieses wichtigen Sachverhaltes ist unschwer zu erkennen, wenn man bedenkt, daß die Mehrzahl aller denk-

[1]) Graf zu Dohna, Beziehungen und Begrenzungen von Strafrecht und Verwaltungsrecht, Verw.-Arch. Bd. 30, S. 233.

baren Handlungen innerhalb des Gesamtsystems der Rechtsordnung gleichzeitig in verschiedenen Rechtsgebieten der Beurteilung des Rechtssetzers unterliegt, je nachdem es sich darum handelt, die eine oder die andere Rechtsfolge an dieselbe anzuknüpfen.

Am klarsten tritt diese Tatsache in die Erscheinung beim Vergleich des Strafrechtes und der bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen über die unerlaubten Handlungen. Hier wie dort kann die Festlegung bestimmter rechtlicher Folgen — der Entstehung des staatlichen Strafanspruches im einen, des bürgerlich-rechtlichen Schadensersatzanspruches im anderen Falle — nicht anders vonstatten gehen, als in Anknüpfung an bestimmte Tatbestände. Und die Ausgestaltung von Tatbeständen bedeutet eben, wie Graf zu Dohna an der oben zitierten Stelle mit Recht betont,[1]) nichts anderes wie den Erlaß von Normen, deren Inhalt in der Einteilung der menschlichen Handlungen in rechtlich anerkannte und von Rechts wegen verworfene bestehen. Nicht anders steht es im Verhältnis des Strafrechtes zum öffentlichen Recht. Sollen die öffentlich-rechtlichen Befugnisse des Lehrers im Schulgesetz festgestellt werden, so kann dies nur durch den Erlaß von Normen geschehen, in denen die Handlungen, die der Lehrer vornehmen darf, im Gegensatz zu denjenigen bezeichnet werden, die ihm verboten sind. Und wenn andrerseits das Strafrecht die Aufgabe hat, die Voraussetzungen für die Entstehung des staatlichen Strafanspruches beim Vorliegen von Körperverletzungen festzulegen, so ergibt sich hieraus für dasselbe gleichfalls die Notwendigkeit, Bestimmungen darüber zu treffen, wann die Herbeiführung einer Körperverletzung verboten und wann, m. a. W. unter welchen Umständen und welchen Personen sie gestattet ist.

Dieser Sachverhalt bildet die Grundlage des Gedankens, die im Strafgesetz fehlenden Vorschriften über die Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit durch die Anerkennung außerstrafrechtlicher Normen zu ersetzen.

Ging man nämlich von der Voraussetzung aus, daß die Strafbarkeit einer Handlung ihre Mißbilligung durch den Gesetzgeber bedingt, so konnte in der Tat der Rückgriff auf die in anderen Rechtsgebieten vorhandenen Aeußerungen des Gesetzgebers als ein geeigneter Weg zur Ausfüllung der vorhandenen Lücke erscheinen. Denn es durfte mit Recht angenommen werden, daß der Gesetzgeber alle diejenigen, an sich tatbestandsmäßigen Handlungen von Strafe frei zu lassen beabsichtigte, über deren rechtliche Anerkennung er sich an anderer Stelle der Rechtsordnung bereits positiv ausgesprochen hatte.

Daß diese Heranziehung der außerstrafrechtlichen Normen zur Ausfüllung der im Strafgesetz vorhandenen Lücke — die in bezug auf das geltende Recht von Wissenschaft und Rechtsprechung allgemein durchgeführt ist und in Form des bereits er-

[1]) S. oben S. 27 der Arbeit.

wähnten § 20 des Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches [1]) für das zukünftige Recht positiv anerkannt wird — auf die Gestaltung des Rechtswidrigkeitsbegriffes nicht ohne Einfluß bleiben konnte, liegt auf der Hand. Fiel demselben nämlich seiner ursprünglichen Funktion nach nur die Aufgabe zu, die Geltung von Gegennormen festzulegen, die im Strafgesetz selbst enthalten sein sollten, so mußte er infolge der Ersetzung der im Strafgesetz fehlenden Bestimmungen durch außerstrafrechtliche Normen nunmehr die Bedeutung erhalten, daß durch ihn der Ausschluß der Strafbarkeit schon beim Vorhandensein einer in anderen Rechtsdisziplinen enthaltenen Erlaubnisnorm festgestellt wurde.

In dieser inhaltlichen Entwicklung des Rechtswidrigkeitsbegriffes liegt der eigentliche Grund dafür, daß die Vorstellung Raum gewinnen konnte, als sei durch die Aufnahme des Merkmals „rechtswidrig" in die strafgesetzlichen Tatbestände die Berücksichtigung aller in Betracht kommenden außerstrafrechtlichen Erlaubnisnormen für die Beurteilung der Strafbarkeit einer Handlung begriffsmäßig erforderlich.

Wie die vorgehenden Betrachtungen indes gezeigt haben, beruht die Bedeutsamkeit der außerstrafrechtlichen Normen als Grundlage für die Entscheidung der strafrechtlichen Rechtswidrigkeitsfrage in Wahrheit lediglich auf der Tatsache, daß sich die erschöpfende Aufstellung der Normen, die an sich zur Entscheidung dieser Frage berufen wären, im Strafgesetz selbst infolge gesetzestechnischer Schwierigkeiten nicht ermöglichen läßt.

Um die hierdurch bedingte Lücke des strafgesetzlichen Systems auszufüllen, hilft sich der Strafgesetzgeber durch die Aufnahme einer Anleihe bei anderen Rechtsdisziplinen, indem er dort vorhandene Bestimmungen für seinen Bereich anerkennt und damit die selbständige Aufstellung entsprechender Normen umgeht. [2])

Entscheidend ist, daß dieser Verzicht auf die selbständige Regelung der Strafbarkeitsvoraussetzungen ein freiwilliger ist und daß der Strafgesetzgeber zum Erlaß der entsprechenden Bestimmungen im Strafgesetz selbst an sich nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet ist.

Denn besteht die Aufgabe des Strafrechtes darin, diejenigen Handlungen zu bezeichnen, an die die Entstehung des staatlichen Strafanspruches gebunden ist, so ergibt sich hieraus die Zu-

---

[1]) Vgl. oben S. 22 der Arbeit.

[2]) Eine interessante Parallele hierzu bietet die Bestimmung des § 823, Abs. 2 BGB. Indem die zivilrechtliche Schadenersatzpflicht an die Verletzung eines „Schutzgesetzes" geknüpft wird, wird hier von Seiten des Zivilgesetzgebers aus gesetzestechnischen Gründen die Aufzählung der in den Schutzgesetzen enthaltenen Verbotsnormen umgangen, indem auf die selbständige Aufstellung derselben verzichtet und die Regelung der fremden Rechtsdisziplin in das eigene Rechtsgebiet übernommen wird. Zweiffellos hätte es dem Zivilgesetzgeber ebensogut freigestanden, die Voraussetzungen für das Eintreten der Schadenersatzpflicht unabhängig von den Normen der Schutzgesetze selbständig zu regeln.

ständigkeit des Strafgesetzgebers zum Erlaß derjenigen Normen, die zur Erreichung dieses Zweckes erforderlich sind, ohne weiteres. Zu diesen Normen aber gehören nicht nur die Bestimmungen über die Tatbestandsmäßigkeit einer Handlung, sondern — wie sich aus den gemachten Ausführungen ergibt — in gleicher Weise auch diejenigen, auf Grund deren festgestellt werden kann, unter welchen Umständen die tatbestandsmäßigen Handlungen ausnahmsweise nicht strafbar, weil „gerechtfertigt" sind.

Ist aber die Kompetenz des Strafgesetzgebers zum Erlaß der Normen, die über die kriminelle Rechtswidrigkeit einer Handlung entscheiden, grundsätzlich gegeben, so besteht kein Zweifel, daß derselbe jederzeit die Möglichkeit besitzt, bezüglich eines bestimmten Gegenstandes auf die hilfsweise Heranziehung der außerstrafrechtlichen Normen zu verzichten und die Frage durch eine Bestimmung im Strafgesetz selbständig zu regeln, falls dies aus bestimmten Gründen tunlich erscheint.

Dieser Sachverhalt ist auch für die Auslegung des erwähnten [1]) § 20 des Entwurfs von Bedeutung. Steht nämlich fest, daß die in dieser Bestimmung zum positiv-rechtlichen Ausdruck gelangte grundsätzliche Anerkennung der außerstrafrechtlichen Normen als Grundlage krimineller Rechtfertigung keine begriffsmäßige Notwendigkeit bildet, daß der Strafgesetzgeber vielmehr jederzeit die Möglichkeit besitzt, einzelne Rechtfertigungsgründe selbständig zu normieren, so folgt hieraus, daß die in Form des § 20 E. vorgeschlagene allgemeine Heranziehung der außerstrafrechtlichen Normen als Grundlage krimineller Rechtfertigung nur insoweit gilt, als der Strafgesetzgeber es nicht aus besonderem Anlaß (z. B. Ausschaltung landesrechtlicher Unterschiede) vorzieht, bestimmte Rechtfertigungsgründe im Strafgesetz selbst abschließend zu regeln. Ein positiv-rechtliches Beispiel für eine derartige selbständige Regelung bildet schon jetzt der Notwehrparagraph.

Als Folge der entwickelten Auffassung, daß der Strafgesetzgeber in der Lage ist, die Voraussetzungen der kriminellen Rechtswidrigkeit unabhängig von den Normen anderer Rechtsgebiete, unabhängig auch von den Normen des landesrechtlichen Disziplinarrechts zu regeln, ergibt sich allerdings die Möglichkeit, daß die Voraussetzungen der kriminellen und der disziplinären Rechtswidrigkeit auseinanderfallen und daß somit theoretisch der Fall denkbar wäre, daß eine kriminell strafbare Handlung disziplinär rechtmäßig und straffrei ist. Daß diesem Ergebnis praktisch Bedenken entgegenstehen, soll nicht bestritten werden. Ein Beweis für die dogmatische Fehlerhaftigkeit der aufgestellten Behauptung kann indes aus diesem Umstand nicht hergeleitet werden. Bleibt nämlich eine kriminell strafbare Handlung auf Grund der abweichenden Normen des Disziplinarrechts von Strafe frei, so trifft die

[1]) Siehe Seite 22 der Arbeit.

Schuld für dieses Fehlergebnis nicht den Strafgesetzgeber, der nur von seiner Befugnis zu selbständiger Regelung der Strafbarkeitsvoraussetzungen Gebrauch gemacht hat, sondern vielmehr den Disziplinargesetzgeber, der die Voraussetzungen der disziplinären Verantwortlichkeit nicht zweckentsprechend geregelt hat. Seine Aufgabe ist es, durch Angleichung der disziplinar-rechtlichen Normen an die Normen des Strafrechts die unerwünschte Folge gleichzeitiger krimineller Strafbarkeit und disziplinärer Straffreiheit zu vermeiden. — Eine automatische und begriffsmäßige disziplinäre Widerrechtlichkeit aller kriminell rechtswidrigen Handlungen hingegen würde das Bestehen einer für Kriminal- und Disziplinarrecht geltenden einheitlichen Rechtswidrigkeit voraussetzen, eine Konstruktion, deren Unhaltbarkeit sich, abgesehen von den oben gemachten Ausführungen, insbesondere auch daraus ergibt, daß dem Disziplinargesetzgeber ganz unbestritten die Fähigkeit zukommt, die Voraussetzungen der disziplinären Rechtswidrigkeit unabhängig von denjenigen der kriminellen Rechtswidrigkeit zu normieren und Handlungen als disziplinär strafbar zu bezeichnen, die kriminell rechtmäßig und straffrei sind. —

Vergegenwärtigen wir uns kurz Ausgangspunkt und Ziel unserer Untersuchung! Es sollte festgestellt werden, ob die Schaffung einer einheitlichen Norm über die Rechtswidrigkeit von Züchtigungshandlungen zum Aufgabenkreis des Strafrechtes gehört, oder ob die Regelung dieser Frage in den Bereich der außerstrafrechtlichen Rechtsdisziplin des Schulrechtes fällt. Dies führte auf die allgemein gestellte Frage, ob die kriminelle Rechtswidrigkeit einer Handlung überhaupt einen Gegenstand bildet, dessen positivrechtliche Regelung notwendig in Normen außerstrafrechtlicher Natur erfolgen muß und deshalb dem Machtbereich des Strafgesetzgebers entzogen ist.

Die Frage ist zu verneinen. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der Strafgesetzgeber jederzeit die Möglichkeit besitzt, die Voraussetzungen der Strafbarkeit einer bestimmten Handlung selbständig und ohne Rücksicht auf eine etwa gleichzeitig bestehende rechtliche Behandlung des Gegenstandes unter anderem Gesichtspunkt zu regeln. Nimmt er auf Bestimmungen Bezug, die sich an anderer Stelle der Rechtsordnung über denselben Gegenstand finden, um sich eine Aufstellung gleichlautender Vorschriften zu ersparen, so geschieht dies lediglich aus rechtstechnischen Gründen und entspringt keiner begriffsmäßigen Notwendigkeit. Zieht er es aber vor, die erforderlichen Normen selbst zu erlassen, so steht dem nichts im Wege, und es kann insbesondere keine Rede davon sein, daß dies einen „Eingriff" in den Bereich desjenigen Rechtsgebietes bedeuten würde, dem die Regelung desselben Gegenstandes unter anderem rechtlichen Gesichtspunkte obliegt.

Hiermit ist der Haupteinwand beseitigt, der der vorgeschlagenen Lösung des Problems des Lehrerzüchtigungsrechtes im kommenden Strafgesetz entgegenstand.

III. Ganz kurz muß noch eingegangen werden auf einen Einwand anderer Art, der dem Bestreben, die Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit von Züchtigungshandlungen im Strafgesetz selbst zu regeln, entgegengehalten worden ist. In seinem Aufsatz „Rechtmäßiges und rechtswidriges Handeln" in der Vergleichenden Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechtes erklärt sich Heimberger[1]) mit der Begründung gegen eine strafgesetzliche Regelung der Frage, daß es „ein Ding der Unmöglichkeit sei, die einzelnen zulässigen Züchtigungsarten und ihr Maß und dann etwa noch Abstufungen nach dem Alter und der Körperkonstitution der Kinder" im Strafgesetz festzusetzen. Man könne doch höchstens „eine ganz allgemein gehaltene Abgrenzung zwischen zulässigen und übermäßigen Züchtigungen vornehmen, und entscheidend wäre dann nach wie vor (?) das richterliche Ermessen".[2])

Daß es nicht möglich ist, bis ins Einzelne gehende Bestimmungen über die verschiedenen Arten der erlaubten und verbotenen Züchtigungen und ihr genaues Maß je nach Alter und Konstitution der Kinder ins Strafgesetz aufzunehmen, liegt auf der Hand. Eine derartige Einfügung „eines Kompendiums der Pädagogik" in das Strafgesetz ist indes weder erforderlich noch auch nur wünschenswert. Es bildet im Gegenteil gerade einen Vorteil der hier vorgeschlagenen Lösung, daß die Rechtswidrigkeit der Züchtigungshandlungen nunmehr entschieden wird auf Grund einer ganz allgemein gehaltenen Norm, die zwar allerdings dem richterlichen Ermessen einen weiten Spielraum läßt, die aber infolge ihrer Elastizität eine weitaus bessere Beurteilung des einzelnen Straffalles gewährleistet, als dies auf Grund der bisher geltenden, teilweise sehr ins Einzelne gehenden und andererseits auch veralteten landesrechtlichen Bestimmungen möglich war.

Damit sind auch die Bedenken, die sich der vorgeschlagenen Lösung in dieser Hinsicht entgegenstellen könnten, ausgeräumt.

§ 4.

Schluß:

Zusammenfassung des Ergebnisses.

Als Ergebnis der vorliegenden Untersuchung ist somit folgendes festzustellen:

Nachdem die Prüfung der Frage, welche Normen für Inhalt und Umfang des Lehrerzüchtigungsrechtes als Grund krimineller

[1]) Vergleich. Darst., Allgem. Teil, Bd. IV, S. 78.

[2]) Der Schluß des Satzes ist nicht ganz verständlich. Denn wird die von Heimberger bekämpfte Bestimmung nicht ins Strafgesetz aufgenommen, so verbleibt es bei der bisherigen Geltung der landesrechtlichen Bestimmungen, die doch gerade dem richterlichen Ermessen nur einen sehr engen Raum gewähren.

Rechtfertigung maßgebend sind, zu der Feststellung geführt hatte, daß der weit überwiegende Teil der strafrechtlichen Autoren in Uebereinstimmung mit der reichsgerichtlichen Rechtsprechung mangels eines positivrechtlichen Anhaltspunktes im geltenden Strafrecht in der Anerkennung der einzelstaatlichen Schulrechte als vollgültiger strafrechtlicher Rechtsquellen eine brauchbare Lösung der Frage erblickt, zeigte die nähere Betrachtung, daß diese Lehre trotz der ihr zuteil gewordenen allgemeinen Anerkennung doch sowohl im Hinblick auf ihre theoretische Fundierung als auch in ihren praktischen Konsequenzen erhebliche Mängel aufweist.

Während es einerseits trotz mehrfacher Versuche nicht gelungen ist, eine einwandfreie Begründung für die dem Landesrecht zugesprochene Befähigung, reichsstrafrechtliche Rechtfertigungsgründe zu normieren, aufzudecken, zeigte insbesondere die Betrachtung der neuesten reichsgerichtlichen Rechtsprechung die außerordentlichen praktischen Schwierigkeiten, die sich aus der beträchtlichen inhaltlichen Unterschiedenheit der einzelstaatlichen Schulgesetze für die Entwicklung einer reichseinheitlichen Strafrechtsprechung ergeben müssen. Hinzu kam, daß es bei Anerkennung der herrschenden Lehre infolge der Lückenhaftigkeit der landesrechtlichen Schulvorschriften an positiven Bestimmungen für einzelne Schularten überhaupt gebricht, und daß sich hieraus für die rechtliche Konstruktion des Lehrerzüchtigungsrechtes als kriminellen Rechtfertigungsgrundes in diesen Fällen gleichfalls Schwierigkeiten ergeben.

Aus alledem ergab sich die Notwendigkeit, wenn irgend möglich, beim Erlaß des neuen Strafgesetzbuches zu einer praktisch und theoretisch einwandfreien Lösung der Frage zu gelangen.

Hierbei drängte sich der Gedanke auf, die Frage des Lehrerzüchtigungsrechtes durch eine einheitliche Bestimmung im Strafgesetz selbst für das ganze Reich und sämtliche Schularten erschöpfend zu regeln, um auf diesem Wege die Unzuträglichkeiten, die sich aus der materiellen Verschiedenheit und Lückenhaftigkeit der landesrechtlichen Schulbestimmungen ergeben, mit einem Schlage auszuschalten.

Die Betrachtung der Entwürfe zum neuen Deutschen Strafgesetzbuch zeigte indes, daß sich die Ueberzeugung von der Notwendigkeit und Brauchbarkeit dieser Lösung bis jetzt noch nicht durchzusetzen vermocht hat.

Hieraus erwuchs der vorliegenden Untersuchung die Aufgabe, sich mit den Gedankengängen auseinanderzusetzen, auf Grund deren bei den bisherigen Beratungen des neuen Strafgesetzbuches die Möglichkeit einer reichseinheitlichen Regelung der Frage im Strafgesetz selbst verneint wurde.

Der Haupteinwand kleidete sich hierbei in die Behauptung, es könne garnicht Aufgabe des Strafgesetzbuches sein, das Lehrerzüchtigungsrecht zu regeln, ja die Aufnahme einer derartigen Be-

stimmung bilde geradezu einen Eingriff in das der Partikulargesetzgebung vorbehaltene Gebiet des Schulrechtes.

Die nähere Prüfung führte indes zu der Feststellung, daß diese Behauptung keineswegs begründet ist.

Auf Grund einer eingehenden Untersuchung über die Funktionen des Rechtswidrigkeitsbegriffes im Aufbau des Strafrechtes ergab sich vielmehr, daß die Geltung außerstrafrechtlicher Normen als positivrechtlicher Grundlagen desselben keineswegs begriffsmäßig bedingt ist, sondern daß die Heranziehung derselben in Wahrheit auf dem freien Willensentschluß des Strafgesetzgebers selbst beruht.

Hieraus folgte ohne weiteres, daß in rechtsdogmatischer Hinsicht keinerlei Schwierigkeit besteht, die Regelung der kriminellen Rechtfertigungsfrage in Bezug auf einen bestimmten Gegenstand im Strafgesetz selbst vorzunehmen.

Ebenso erwies sich noch ein weiterer, der vorgeschlagenen Lösung entgegenstehender Zweifel als unbegründet, der sich auf die technische Unmöglichkeit stützte, im Strafgesetz bis ins Einzelne gehende Bestimmungen über Art und Maß der zulässigen bezw. verbotenen Züchtigungshandlungen aufzunehmen.

Dieser Zweifel erledigte sich gleichfalls durch die Erwägung, daß eine derartige eingehende und spezialisierende Regelung nicht nur nicht notwendig, sondern im Gegenteil im Hinblick auf die Erzielung einer guten und anpassungsfähigen Rechtsprechung nicht einmal wünschenswert ist.

Nach Erledigung dieser Einwände kann die theoretische und praktische Brauchbarkeit der vorgeschlagenen Lösung des Problems des Lehrerzüchtigungsrechtes nicht mehr zweifelhaft sein, und es darf die Hoffnung ausgesprochen werden, daß dieselbe sich trotz der bisher ablehnenden Haltung der maßgebenden Stellen bis zum endgültigen Erlaß des neuen Deutschen Strafgesetzbuches doch noch durchsetzen wird.

Lebenslauf.

Als Sohn des Pfarrers Theodor Schmidt und seiner Ehefrau Julie geb. Jucker wurde ich am 5. Dezember 1904 in Bern (Schweiz) geboren. Seit 1912 besuchte ich in Bern, seit 1914 in Niesky O./L. die Vorschule und durchlief hierauf von Ostern 1915 ab das Pädagogium der Deutschen Brüderunität in Niesky O./L., das ich Ostern 1924 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich studierte dann Rechtswissenschaft an den Universitäten Tübingen, Freiburg i. Br. und Bonn und bestand am 23. Januar 1928 vor dem Prüfungsamt des Oberlandesgerichts Köln die erste juristische Staatsprüfung. Seit dem 21. Februar 1928 bin ich im gerichtlichen Vorbereitungsdienst beschäftigt.